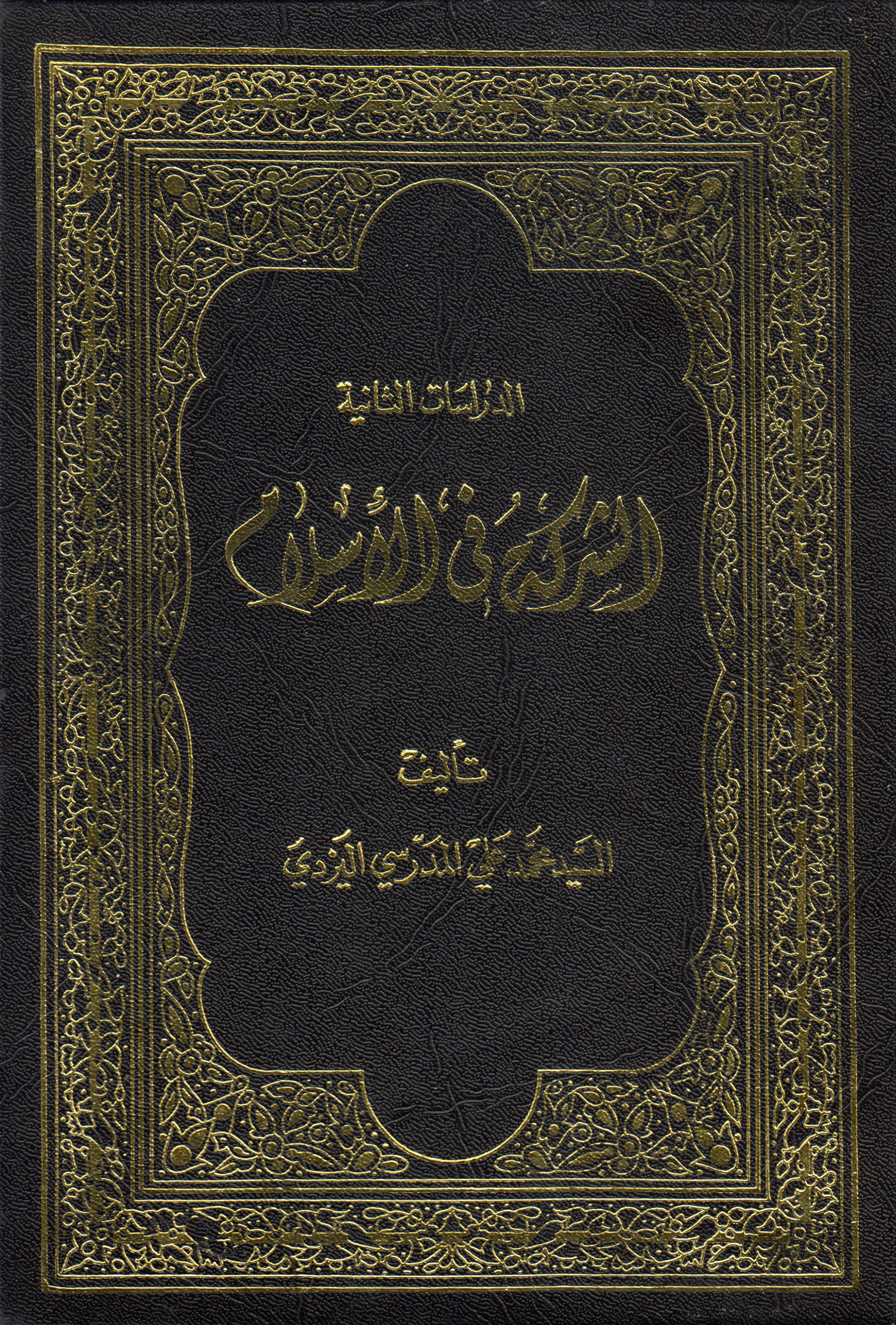

الدراسات الثانية
الشركة في الإسلام
تأليف
السيد محمد علي المدرسي اليزدي

الشركة في الإسلام

شرح على العروة الوثقى



تأليف

السيّد محمّد عليّ المدرّسي اليزدي

هـويـة الكتـاب :

إسم الكتاب :	الشركة في الاسلام
تأليف	السيد محمد علي المدرسي اليزدي
صفُ الحروف الالكترونية والاخراج الفني:	مؤسسة المصطفى (ع)
الطبعة :	الأولى ١٤١٤ هـ. ق
المطبعة :	باقري ـ قم
العدد :	١٠٠٠ نسـخة
السعر :	

الإهداء الى الحجّة المنتظر (عج)

يا أبانا آستغفر لنا ذنوبنا انا كنا خاطئين

٩٧ يوسف

السيد محمد علي المدرسي

فهرست الموضوعات

كتاب الشركة

فصل في احكام الشركة

وهي عبارة عن كون الشيء واحد لاثنين او ازيد ملكاً او حقاً.

وهي (**اما واقعية قهرية**) كما في المال او الحق الموروث .

(**واما واقعية اختيارية**) من غير استناد الى عقد ، كما اذا احيى شخصان ارضاً مواتاً بالاشتراك ، او حفرا بئراً او اغترفا ماءاً ، اقتلعا شجراً.[1]

---

(١) هنا نقاط من البحث لابد وان تلاحظ .

الاولى : ما هي السيطرة على الاشياء ومنها: الاموال الملكية وكيفيتها .

الثانية : ان السيطرة على الشيء هل تقتضي الاختصاص به ام لا تقتضي ذلك ؟

الثالثة : على فرض الاختصاص فما هي النتائج المترتبة عليه من الاثار وكيفية ترتبها عليه ؟

الرابعة : اذا ثبت الاختصاص هل يقتضي الاختصاص المطلق او انه يقتضي مطلق الاختصاص ؟

أما النقطة الاولى فبعد أن خلق الله الخلق وخلق ما يحتاجون اليه في امور معادهم ومعاشهم وكانوا مدنيين بالطبع يسيطرون على ما يحتاجون اليه مما خلق الله لهم ، فخلقة الخلق وان كان مساوقاً لخلقة ما يحتاجون اليه ، ولكن تسلطهم على ما يحتاجون اليه يكون حسب احيتاجهم وذلك يوجب السيطرة في الرتبة

. . . .

المتاخرة من خلقتهم فقبل سيطرتهم على ما يحتاجون اليه كانوا هم وغيرهم سيان في السيطرة عليه .

والسيطرة : عبارة عن ارادة الاستيلاء على الشيء ، وهو عبارة عن السلطنة على الشيء ، وهو امر قلبي لا ربط له بالخارج يحتاج الى الابراز وهو الابراز بمعنى وضع اليد او الادعاء بانه له ، فقبل الابراز وضع اليد يكون الناس على حد سواء في السيطرة على الشيء ، وخصص الشارع لمن يحوزه باحد الموجبات ، فتكون هذه السلطنة امراً قلبيا يبرزه باحد المبرازات ، فجعل الشارع هذا المبرز له مطابق في الخارج يكون امتنانياً وتكون هذه السلطنة امتنانية لانه لو خُلى وطبعه كان هو وغيره ممن خلق بالسوية وجعل الاختصاص به يكون امتنانياً ، وبعد امتنانية تكون له اثار خاصة به سياتي التعرض لها والا فطبيعة الخلقة تكون الناس فيها سواسية فسلطنة احد دون البقية تكون امتنانيةً ، والاكانوا مشتركين بما خلق الله لهم بطبيعة الخلقة وهذا امتنان . ومن اثار السلطنة الامتنانية ان يتقلب ماله كيف يشاء بما يشاء اذا لم يوجب خلاف الامتنان لا على نفسه ولا على غيره .

ومن هذه الجهة تمكن السلطنة على المال بالشركة مع الغير في امواله ، ومعنى الشركة : هو اعتبار ينتزع من تداخل الملكيتين ، بمعنى سراية مرتبة من ملكية كل منهما لملكية الاخر اذا كانوا اثنين ، وازيد ان كانوا بازيد من ذلك ، لتداخل معروضهما بمرتبة خاصة لا ميزة بينهما عرفا ، اذ من الواضح ان حقيقتها عبارة عن سلطنة واحدة على تمام العين ، بمالها من الاجزاء ، لما تقدم انفاً ، وحيث ان السلطنة واحدة بمالها من الاجزاء القائمة بشخص او ازيد ، بنحو يكون لكل الشركاء سلطنة ناقصة على تمام العين ، وذلك لان الحكم لما كان طارئاً بوحدته الاعتبارية على الشركاء ، فان هذه الوحدة لا تنثلم ، واذا كان متعلقه

. . . .

متعدداً تكون سلطنة كل واحد من الشركاء متحدة مع سلطنة الاخر الذي هو ايضاً ملازم للاول .

وعلى هذا فنتيجة هذا الحكم اذا طرأ على المتعلقات يكون نصيب هذا المتعلق السلطنة الناقصة على تمام العين ، وذلك في غير مقام الشركة . فان العين في غير الشركة تكون السلطنة فيها قائمة بشخص واحد على نحو يكون مستقلاً في التصرف ، وفي الشركة بشخصين او ازيد حسب تعدد الشركاء ، بلا ان تكون شركة في نفس العين الخارجية لانها مرحلة سقوطه لا ثبوته حقيقة على ان يكون جزء العين لواحد والجزء الاخر لاخر.

نعم يعبرها العقل بملاحظة كونها ـ اي العين ـ متعلقة للسلطنة شركة في نفس العين فيعتبر في الخارج اجزاء مختلفة بعضها لبعض وبعضها الاخر لبعض آخر في الانطباق في الخارج ، لا في مرحلة التطبيق والوجود ، بل في مرحلة الوجود والتطبيق ، بل في مرحلة الانطباق في الخارج ، فيمكن له وجود في الخارج ، ويمكن ان لا يكون له وجود في الخارج ، بل لا يكون له وجود خارجي الا وهم وخيال ، ولكن له وجود في الذهن والتطبيق في الذهن ، وفي الخارج يمكن ان يكون موجوداً ويمكن ان لا يكون موجوداً خارجياً بلا ان تكون له شركة حقيقة وفي هذه المرحلة الخارجية كما ذكرناه في مبحث المضاربة يكون الانضاض والقسمة والفسخ معيناً لتلك الاجزاء ، وسياتي البحث عنه في طي المسائل الاتية .

اذا عرفت ذلك فيمكن ان يقال بان الشركة هي نحو اعتبار منتزع من تداخل الملكيتين والسلطنتين المعينتين بنحو تسري مرتبة من ملكية كل من الشركاء الى مملوك الاخر تبعاً لتداخل معروضهما ، على وجه يصدق عرفاً بانه وجود واحد

....

بلا مشير اليه في الخارج ،كما تقدم في محله ، ان السلطنة تكون مرحلة وجودها ومرحلة تطبيقها في الذهن ، ومرحلة انطباقها في الخارج ،كما بينا بانه في مرحلة الخارج وهم وخيال ولشدة المرآت مع المرئي يتخيل خاٍجيته ، ولكن ليس ذلك الا توهم وخيال ولو كان ذلك لا وجود لخارجيته ، ولازم هذا التداخل ايضاً صدق ملكية تامة واحدة متعلقة بكل جزء على وجه يضاف الى كل واحد من الشركاء المختص ، غاية الامر انها تنحل ، ولكن هذه المرتبة من الملكية التي اشرنا اليها ليس بحد من المرتبة في الضعف من مراتب الملكية العالية لم تصل بحد من المرتبة في الضعف من مراتب الملكية العالية من الضعف الذي من مرتبة الملكية واصل الى حد ينزع منها عنوان الحق وهذه الملكية لم تصل بحد من الضعف الذي يقبل للسقوط بالاسقاط بخلاف التنزل والوصول الى حد الحقوق فان من شأنها حينئذ السقوط بالاسقاط. والى مثل هذا البيان يرجع ما صار اليه المحقق الاول (قدس سره) في اجتماع حقوق الملاك فيه اي اجتماع حقوق الملاك في شيء واحد بناءً على ارادة مطلق الاختصاص الشامل لبعض مراتب الملكية ايضاً وان لم يبلغ المرتبة التامة للملكية، كيف واجتماع الملكيتين التامتين المنتزعتين من اعتبار المال بجميع شؤونه مضافاً الى الملاك ومخصوصاً به في شيء واحد من اللحظات الاولى، كما ان اعتبار اختلاف محلها يجعل متعلق ملكية احدهما ومتعلق الاخر بلا تعيين ، وبنحو الابهام للاجزاء المشتركة كما هو ظاهره (قده) يوجب اختصاص كل منهما بشيء من العين دون غيرها، والحال ان كل واحد من الاجزاء كان بين الشركاء بمثابة اختصاص احدهما ببعض دون بعض ولو بنحو من الابهام فان مرجع كلام صاحب الشرائع الى رجوع الشركة والاشاعة الى التبعيض في الملكية لا التبعيض في المملوكية ، كما توهمه صاحب الجواهر ، اذ لازمه كما

....

قلنا اختصاص كل جزء من المال بشخص دون غيره ، والحال ان مقتضى الشركة كالارث وامثاله كما تفضل به الماتن بالنسبة الى اجزاء العين ثابت بلا موجب لتخصيص بعضها دون البعض الاخر ، ولازم هذا المسلك الالتزام بملكية احد الجزئين بنحو الابهام ،كما اوضحناه ، ومرجعه الى مملوكية الكلي في المعين ، مع ان الفقهاء « قدس الله اسرارهم » جعلوا الاشاعة في قبال الكلي في المعين ، ولئن اريد اتحاد الاجزاء بنحو التنكير فالامر اشكل ، لعدم بناء العقلاء على ملكية الفرد المردد ، حيث التزموا بفساد المعاملة المتعلق في باب الوصية حتى في مثل الصلح الذي بنائهم في عدم مفسدية الغرر فيه ، وليس ذلك الا من جهة اعتبار مثل هذه الملكية راساً ، وان باب الوصية انما يثبت على خلاف القاعدة ، وقد اوضحناه في باب الوصية بما لا مزيد عليه ،وان اردت التوضيح فقايس الملكية التي هي نحو استيلاء على الشيء اعتبار بالاستيلاء الخارجي ، ومن المعلوم ان في مورد استيلاء الشخصين على الشيء لا يكون الا استيلاءً واحداً قائماً بهما لا استيلاء كل واحد بجزئه منه معيناً ام مبهماً ،كما يؤول اليه مصير الجواهر ، حيث انه يكون من لوازم كلامه وما ذهب اليه .

ومن هذه الجهة نقول ايضاً باستحالة وضع اليدين المستقلين على شيء واحد بل هناك يد واحدة قائمة مقامهما ، غاية الامر مثل هذه اليد القائمة المجموع منحلة في عالم الاعتبار الى يد كل واحد. على النصف ان كان الشركاء اثنين لا ازيد من ذلك ، وهكذا فانه ان كان استيلاء شخصين او اشخاص فلا يكون استيلاءً واحداً قائماً بهما ، لا استيلاء كل واحد بجزء منه معينا ولا مبهما .

ومن هذه الجهة نقول باستحالة وضع اليدين المستقلتين على شيء واحد بل هناك يد واحدة قائمة بهما ، غاية الامر مثل هذه اليد القائمة بالمجموع منحلة

. . . .

في عالم الاعتبار الى يد كل واحد بالنصف لا انه كذلك حقيقة ، وربما يترتب على ذلك كون الطرفين في دعواهما مدعيا ومنكرا بالاضافة الى النصف ، لا انهما بمنزلة الثالث الذي لا يد لاحدهما عليه ، ولو في مرحلة التعارض .

وحيث اتضح ما ذكرناه ، نقول لا اشكال في ان الشركة من المسببات ، كنفس الملكية فتحتاج الى اسباب خاصة قهرية كالارث ، او اختيارية كما انه لا شبهة في تحققها بمجرد الخلط بين المالين المتجانيسين بقصد تحقق الشركة ، وتارة بالارث من شخص اخر او الشراء من غيرهما او بسبب التقاطهما تارة اخرى ، وهذا في صورة قصدهما الشركة ويمكن الاستناد به الى المشهور .

وانما الكلام في صورة حصول الشركة بين الطرفين ، او الاطراف بمجرد الخلط ، ولكن لا بقصد الملكية منهما على الشركة ، وانما تتحصل الملكية والشركة بمجرد الخلط ، بل بمحض تراضيهما بالاختلاط فقط ، وفي صورة عدم تراضيهما بذلك وكون الخلط حاصلا من دون اختيارهما فلا تحصل الشركة بين الطرفين او الاطراف .

بل يحتاج حصول الشركة الى قصدهما بالفعل المذكور ، او بعقد لفظي سابق عليه ، على وجه يكون الخلط عقيب العقد من شرائط تاثيره ، واما بدون ذلك فلا يكاد تحصل الشركة حقيقة ، بل تبقى الاجزاء الواقعية لكل مالك على ملكية على ملكية صاحبه ، غاية الامر ان اختلاطهما ، وعدم تميزهما خارجاً اقتضى اجراء بعض احكام الشركة لكون الربح بينهما او الخسارة عليهما بالمصالحة القهرية الحاصلة بمناط عدم لزوم الترجيح بلا مرجح ، والا فنفس احكام الشركة من صحة بيع النصف المشاع ، وعدم صحة المصالحة المذكورة ، وعدم صحة البيع المذكور بل وعدم صحة القسمة بل لا بد في تعيين حقهما

. . . .

بالمصالحة فان ظاهر المشهور هو الاول خلافاً لصاحب الجواهر (قدس سره) حيث ذهب الى الاخير ومن هذه الجهة نشأ خلاف آخر وهو كيفية تأثير عقد الشركة ، ففي الجواهر ذهب الى كون اثره تحقق نفس مضمونه ، غاية الامر لا مطلقاً ، بل بشرط التعقب بالخلط المذكور بلا اقتضاء بنفسه شيئاً آخر .

وعن المشهور كما هو صريح الرياض ، والمسالك وجامع المقاصد كون اثره جواز التصرف لكل من الشريكين في المال ، وان بطلان عقدهما يوجب زوال هذا الاذن ، والا فالشرط به في الحقيقة الحاصلة بالاختلاط باقية على حالها ، ولعل وجه استفادتهم من هذه الجهة في عقد الشركة على مبناهم بملاحظة القرينة المقامية عن صون انشائهم هذا مقدمة لتجارتهم في المال عن اللغوية .

والتحقيق انه بعد ان كان رأي المشهور هو تداخل الملكيتين لا المملوكين ، فلازمه ذلك ، وان الاختلاط الحاصل من دون قصد الشركة ، يوجب تداخل السلطنتين ، غير حاصل على كلام المشهور ، وفي هذا المجال نرى ان كلام المشهور كما هو صريح ما ذكرناه في كلامهم (قدس الله اسرارهم) من كون الشركة حاصلة ، ولكن لجهة التصرفات الناقلة تحتاج الى الاذن الذي يكون مفقوداً في المقام ، لان المفروض في المقام عدم قصد الشركة وبعد كون المالين مجتمعين من دون تداخل السلطنتين وكانا ممزوجين أو مختلطين ، كما مثل به الماتن ، فيفهم من كلام المشهور ان سير المشهور في محله ، الا ان صاحب الجواهر انما خلط بين مبناه ومبنى المشهور ، لان كلام صاحب الجواهر انما صار على مبناه في ان الشركة هي تداخل المملوكين ، لا السلطنتين وان التداخل يكون شرطاً ، ولو بعنوان التعقب ، فان مصير تداخل الملكيتين على مبنى صاحب الجواهر لا يكون موجباً لجواز التصرف لكل منهما في تمام المال ، الا ان يكون في مقام التجارة ،

. . . .

كما هو فرض الاصحاب ويكون بنحو اللزوم .

وعلى هذا يرى صاحب الجواهر ان عقد الشركة لازم لتداخل الملكيتين ، فجواز التصرف في هاتين الملكيتين المنحازتين لا يكون باللوازم حتى يمكن التجارة به ، واما اذا لم يكن كذلك ، بل كانت الشركة عبارة عن تداخل السلنتين ، فان تداخل ذلك يوجب ان يكون تصرف كل منهما في المال تصرف في سلطنة الاخر فتكون الشركة بهذا القصد متحققة ولا يكون تصرف كل واحد في المال تصرفا في مال غيره لان الشركة لا تكون بين المملوكين ، بحيث كلما أُريد مزجهما وتداخلهما تكون الملكيتين منحازتين .

فيرى صاحب الجواهر ان التصرف التجاري بين الشريكين لا يمكن الا ان يكون لازماً ، حتى يجب التصرف لكل منهما في المال بمناط الشركة ، وان كانا في الواقع غير شريكين ، لان الشركة الواقعية على هذا المبنى لم تتحقق ، ومنهُ يدفع ان الشركة لم تتحقق اصلاً ، لان الشركة تتحقق بين الملكيتين ، وكل ما تصرف به احد الشريكين فانما يتصرف في مال نفسه او شريكه ، فيكون تارة متصرفا في ماله أو مال وكيله ، ولا يكون ذلك من الشركة ، فهو بايجابه لهذا العقد ُاريد جعله بالايجاب شركة في قبال الشركة العرفية التي هي عبارة عند تداخل السلطنتين وهذا هو لازم كلامه ، مع انه صرح في كلماته ان باب الشركة منحازة عن باب الوكالة ، مع ان لازم كلامه هو ما اراد الفرار منه ، ومنه جعل عقد الشركة عقداً لازماً للخروج عن بعض محاذيره ، والحال ان الشركة لابد وان تتبين حتى يقال بانها من العقود الجائزة او اللازمة .

ومن الواضح ان الشركة لو كانت كما ذهب اليها صاحب الجواهر فان تداخل الملكيتين لا يحقق الشركة وان كانا متصرفين في هذا المال مدى السنين ، وتترتب

(واما ظاهرية قهرية) ، كما اذا امتزج ، مالهما قهراً من دون اختيارهما ـ ولو بفعل الاجنبي ـ بحيث لا يتميز احدهما من الآخر ،

عليه اثارة لتداخلهما ، وهذا بخلاف ما صار اليه المشهور من تداخل السلطنتين اللتين هما امر قلبي اعتباري يتحقق ولو لم يكن له ما بازاءه في الخارج .

وعلى هذا فلا يكون مما يوجب تصرف كل واحد من الشريكين في المال المشترك الا متصرفا فيما في عهدة الاخر ، فتكون الشركة متحققة ولا يكون العقد لازماً ، لانه بعد تحقق الشركة لا يكون التصرف كما قلنا ، الا تصرفا في عهده الآخر سواء كان المال موجوداً أم انعدم بالتصرف المجاز ، وهذا بخلاف مبنى صاحب الجواهر اذ الشركة لا تتحقق الا بالتصرف في مال نفسه او التصرف في مال شريكه بالوكالة ، وهذا هو المصير في ان المشهور بعد ان كانت الشركة هي تداخل السلطنتين ، فان بطلان العقد او عدم اجازة احد الشريكين في التصرف ، بحيث كان الخلط عن غير اختيار ، فان الخلط لما كان عبارة عن اصل تحقق الشركة على رأي المشهور ، الا ان بطلان العقد يوجب زوال هذا الاذن ، ولكن الشركة الحقيقية حاصلة . فهذه هي الشركة الحقيقية ، ومن هذه الجهة اوجبت مصير المشهور الى ذلك صوناً من انطباق عمومات الشركة عن اللغوية لان الشركة العرفية متحققة ، ولكن الاذن منتف وانتفاء الاذن لا يجعل الشركه منتفية لعدم كون الخلط المذكور كما قلنا على رأي صاحب الجواهر شرطاً في عقد الشركة ، بل كما قلنا تكون الشركة ملازمة لتداخل السلطنتين . وعليه فصوناً لشمول عمومات الشركة عن اللغوية يكون الاذن منتفياً في هذه المقامات ، مع تحقق أصل الشركة ، فان اثنين لو اشتركا في اغتراف ماء او اشتركا في قلع شجرة فان كلاهما ذا يد وسيطرة على هذا الماء او الشجرة ، فالاستيلاء يوجب السلطنة الواقعية لهما ، ويكونان شريكين واقعيين لاستيلائهما على ذلك .

سواء كان من جنس واحد ، كمزج حنطة بحنطة ، أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ، او دهن اللوز بدهن الجوز ، او الخّل بالّدبس .

(واما ظاهرية اختيارية) ، كما اذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة فان مال كان منهما في الواقع ممتاز عن الآخر ، ولذا لو فرض تمييزها اختص كل منهما بماله.[1]

---

(١) واما الخلط القهري من دون امتزاج في السلطنتين ـ الذي هو مورد الكلام ـ فمع عدم الامتياز يكون راجعاً لما كان من عند العرف من الشركة العرفية ، لان الكلام في ان الشركة الحقيقية عبارة عن تداخل السلطنتين والملكيتين ، لا المملوكين كما اوضحناه ، ولكن العرف يرى انه عند عدم الامتياز بين المالين تكون ، شركة لان في هذا المورد يكون مورد التعارض بين الهيئة والمادة ، اذ العرف حيث يرى المادة المصلحة الموجبة لكونه ذا مصلحة ، ولكن الشارع لما يلاحظ المصلحة الموجودة في المادة ، وتحصل له الارادة ، فالشارع يرى علة الوجود هو الهيئة ، ويرى ان الهيئة علة للوجود ، ولكن العرف لما يرى ان المصلحة كامنة في الخارج ، ويرى ان الوجود الخارجي مما يوجب لحاظه علة للامر والهيئة فيرى ان الاصل هو المادة ويراه مقدماً على الهيئة باعتبار عليته ، فاذا اختلط المالان خارجاً فان العرف يرى الشركة بينهما ، سواء قصد المالكان ام بعد لم يكونا قاصدين لذلك او كانا قاصدين ، ولكن رجعا عن قصدهما فان العقد او العقد للشركة يوجب ان تكون الشركة متحققة بتداخل الملكيتين ، واما في المقام الذي حصلت فيه الشركة خارجاً من دون قصد ، فان قلنا بقصد العدم كما هو المفروض لا ان يكونا غير راضيين ، بل كانا خاليين عن القصد ، فان الشارع لا يرى تحقق الشركة ، ولكن العرف لما يرى ان هذين المالين مختلطان يرى الحكم بالشركة ،

....

لصون رؤية العرف في المقام عن اللغوية ، ويرون الربح الحاصل من هذا المال على نحو الاشتراك فيه فيحكم ، وفي موارد تعارض مدلول المادة ومدلول الهيئة يكون مدلول المادة عند العرب مقدماً على مدلول الهيئة ، لكون ذلك علة ، ولكن الشارع انما يرى الهيئة وكونها موجبة لحصول تبادل الملكيتين والسلطنتين الذي هو امر ذهني تخيلي لا وجود له في الخارج ، وانما الخارج انعكاس للمصالح الخارجية الوهمية ، وبه يكون موجباً لحصول الارادة والانبعاث للمولى لجعله ، فيرى الشارع هذه الانعكاسات سبباً لتشريعه ، ويرى هذه علةً للانبعاث والجعل من قبله ، فاذا كانت الشركة عبارةً عن ذلك عند الشارع يرى ذلك للمادة ، والعرف يرى المادة علة للهيئة وهنا هل القرينية للهيئة يكون مغيراً للمادة بمعنى ان المادة وان كانت شركة عرفية الا انه اذا لم يكن توارداً لسلطنتين لا يكون شركة بنظر الشارع ، حيث يستفاد من الدليل ، واذا حكمنا بتقدم ما يُستفاد من الهيئة على ما يستفاد من المادة يستلزم الحكم بتخصيص اطلاق المادة ، فان المادة عموم وهذا العموم في اصل الظهور يكون نصاً ، وتقدم اطلاق الهيئة على اطلاق المادة يكون موجباً في المورد رفع اليد عن هذا الاطلاق من دون ان يعمل به اصلاً ورفع اليد عن عمومه ، وهذه الجهة اوجبت الحكم بان مع وجود الشركة رفع اليد عن الاجازة غير موجب لبطلان اصلها ، من جهة اصل الشركة لما كان باقيا يستلزم ان يكون الربح بينهما ، وتكون التجارة على منواله ولكن من عدم الاذن ينجبر بينهما كما هو واضح .

والتحقيق بين ما صار اليه صاحب الجواهر كما اشرنا اليه وبين ما يستفاد من كلام المشهور كما مر الاستشهاد به من كلماتهم (قدس الله اسرارهم) هو ان صاحب الجواهر وان كان قائلاً بان الشركة عبارة عن تداخل الملكيتين ويترتب

. . . .

عليه نتائج لا يلتزم الفقهاء حتى مثل صاحب الجواهر بها ، وكلام المحقق من اجتماع حقوق الُمّلاك الذي عبر فيه عن الشركة كلام في محلة .

وحيث اتضح كلام المحقق كما ذكرناه يترتب عليه اثارة عليه اثارة التي لا يمكن القول بها على مبنى غيره ، ويكون كلامه متيناً ، فان السلطنة يترتب عليها اثارها ولا يصغى لما قاله بعض الاساتذة فيما نحن فيه ، فان الاطلاق في السلطنة بعد ان كان من الامور الواقعية فاطلاق دليله يختلف في مرحلة الاثبات .

فتارةً توجب السلطنة التامة للدرجة العالية كالملكية والزوجية باسبابها حيث ان الزوجية ايضاً سلطنةً على البضع .

وتارةً تكون السلطنة موجودة الا انها بدرجة ناقصة كالشركه ، حيث ان سلطنة الُملاك على اموالهم موجودة في الشركاء ، الا ان سلطنة كل واحد في عرض سلطنة الاخر عرضية ، ولكن السلطنة الناقصة لكل واحد من الشريكين في ماله ، ولكن هذه السلطنة الناقصة لها اثارها لكل واحد من الشريكين .

وعلى هذا فالملك حق ولكن باعلى درجاته المتصوره فيه فيكون التعبير باجتماع حقوق الملاك فيه في الشيء الواحد كما ذكره المحقق في محلة ، اذا أُريد به الدرجة العالية وكذلك باقي الحقوق التي تكون حقاً ويعبر عنه هكذا فان الذي يمكن ان يقال بان السلطنة انما تكون بدرجة عالية من الاختصاص المطلق الذي يكون شاملاً للدرجات الاضعفِ منه حتى في مثل الحقوق التي تكون مختلفة درجاتها من حيث الشدة والضعف .

وعلى هذا فيكون شاملاً لحق الخيار وحق الشفعة وغير ذلك كما في حق القذف وحق القصاص ، فان في هذه الامور لذيَ الحق سلطنةً ، ولكن بدرجة ضعيفة اذا لوحظ بدرجة الملكية ولكنها قوية بدرجة الحقيقية كما هو واضح .

. . . .

وغير خفي ان في مثل القذف وحق القصاص وحق الخيار يكون من الاختصاص الذي وجب لذي الحق على من له الحق ، فتعبير المحقق يكون بهذه الملاحظة ، ولا يكون التعبير عنه مجازاً كما تُوهم كما ان الحقوق لها مراتب في الشدة والضعف ، وهو من مراتب الملكية ولكنه بدرجة ضعيفة توجب سقوطه بالاسقاط .

وبعد ما عرفت ان المشهور (قدس الله اسرارهم) كيف حكموا بكون عقد الشركة جائزاً وما مصير صاحب الجواهر من القول باللزوم في عقد الشركة وان طبع المبنى من المشهور الذي يرى تداخل الملكيتين لا مناص لرأي المشهور في الحكم للشريكين ان يلتزموا بوجوب العقد ، لانه يكون تداخل الملكيتين وهو امر وضعي لا مناص منه ، ولكن هذا بخلاف مبنى صاحب الجواهر حيث انه يرى تداخل المملوكين ، ويكون كلما اختلط المال بأي كيفية تُفرض فالمالان معنيان في الواقع ، ولكن فرض الشركة الواقعية بينهما لقصد الشريكين في حصول الشركة بينهما ويكون هذا القصد موجباً للالزام بين الشريكين لمقام التصرف بعد ايعاض قصد الشركة ، ولكن لو خُلي وطبعه لا تكون الشركة من دون القصد ولا يترتب عليه اثار الشركة .

فان اثنين لو اشتركا في اغتراف الماء او اشتركا في قلع شجرة وان كان كلاهما ذا يد في السيطرة على هذا المال الا انه لا يوجب تملكها بهذه السيطرة وحدها ، فان اليد الموجوده على هذه الامور انما توجب كونها ملكاً لهما اذا كانا قاصدين ، بمعنى قصد وضع اليد يوجب الملكية الواقعية ، لا انه يحتاج الى قصد التمليك ، فان نفس وضع اليد على الشيء يوجب الملكية اذا كان وضع اليد من دون قصد الغير ، بل نفس وضع اليد بما هو يوجب الملكية الواقعية ، ولهذا عند

. . . .

قصد الخلاف يحتاج الى قرينة في البين والا فنفس وضع اليد يكون بما لو خُلي وطبعه مستلزماً لها .

وفي هذه الامثلة التي ذكرها الماتن توجب تداخل الملكيتين بنفس هذه الامور .

فالمرحلة المتقدمة التي بحثناها كانت عبارةً عن الامتزاج من دون قصد منهما في ذلك كما ذكرناه ، فان مبنى صاحب الجواهر لماكان قائلاً في الشركة بان الاختلاف بدون القصد يوجب الشركة ولكن بشرط التعقيب بالاختلاط ، ولا يكون الخلط المزبور بنفسه شيئاً آخر من القصد وغيره خلافاً للمشهور كما نقلناه من كتبهم فانهم قائلون بتداخل السلطنتين فيما اذا اراد الشركة ، واما الاختلاط من دون قصد فقد ذكرنا الاحتمالات التي ذكرها المشهور وقلنا ان ذلك اجنبي عن الشركة ، ويكون كتداخل المالين الذين لا امتياز بينهما الراجع الى الصلح القهري كما مرّ مفصلا ولاثار المترتبة على كلام كل من لطرفين ، فالمشهور في صورة الاختلاط اذا قُصِد يكون هذا الخلط موجبا للشركة ، ولكن من جهة رضايتها لا يجوز التصرف المعاملي . قلنا بانه يدور الامر بتقييد الهيئة او المادة ، والمفروض ان العرف يرى المادة علةً مقدمةً على الهيئة ، والا يكون تخصيص المادة بلا وجه حفظاً لمعاملات العرف والعقلاء ، لكون انشائهم مصوناً عن اللغوية من جهة ان شأن العلة يكون موجوداً والقصد وارد على ذلك فصيانة الوارد على المادة تكون عندهم المادة علة لذلك .

وادعى الجواهر على تحقق الاجماع على ذلك من كون الشركة كذلك فيما افاده صاحب الجواهر وحينئذ فتتحقق الشركة باستحقاق الشخصين فما زاد عيناً واحداً بسبب من الاسباب ارثاً او غيره لتساوي نسبة السبب بينهما ، او يمزج

. . . .

المتساويين بحيث يرتفع الامتياز بينهما بلا اشكالمع قصد الطرفين كما مر ذلك بلا اشكال فيه ، وبه تحصل الشركة بينهما .

واما مع عدم القصد اليه بل كان لغرض تراضيهما بالخلط ، او عدم تراضيهما ايضا به بل كان الخلط قهرياً فحصول الشركة يكون مورداً للنزاع ، وبعد هذا الخلط القهري ففي حصول الشركة به على وجه يترتب عليه جميع احكامها من بيع نصفه مشاعاً او عدم صحة الصلح للاجزاء الواقعية الممتازة واقعاً او ان يترتب عليه بعض احكامها من كون التلف عليهما والربح بينهما حذراً من الترجيح بلا مرجح .

وقلنا بان في ذلك وجهين ظاهر المشهور هو الوجه الاول ، وفي الجواهر كما قلنا مصيره الى الثاني ومن هذا قلنا بان العرف يساعد نظر المشهور ، اذ لا معنى لانشاء حقيقة الشركة بعقده ، ولا بد كما قلنا من تحقق الشركة اولاً ثم يطرأ عليه العقد بمفاد الناقصة ، ويكون حينئذ لمجرد اذن في التصرف فارقاً عن اصل تحقق الشركة وتقدم جهة المادة ، فلا معنى لتقيد عقده بتحقق مضمونه ، واذا كان كما يقول صاحب الجواهر فلا يفيد عقده حينئذ الا مجرد أذنه بتصرف شريكه صوناً لعقدهما عن اللغوية.

ثم لا يخفى انه نشأ من هذا الخلاف خلاف ثان في كيفية الشركة وتاثيرها ، فعن الجواهر تحقق مضمونه من الشركة الحقيقية هو العقد ، ولكن غاية الامر بشرط الاختلاط المذكور فيكون اختلاط المالين شرطاً دخيلا في تحقق مضمونه ، وهذا بخلاف مبنى المشهور ، حيث يكون ماهية عقد الشركه هو صرف اختلاط السلطنتين والملكيتين ، ولا دخل للعقد في تحقق ماهيته وانما يكون العقد مؤثراً في جواز تصرف كل واحد من الشريكين في مال المشترك به ، ولا دخل له في

....

اصل ماهية الشركة ، وان بطلان العقد او عدم وجوده يكون موجباً لزوال الاذن فيما هما مشتركان فيه ، وان ماهية الشركة انما حصلت باختلاط السلطنتين والملكيتين محضاً بلا مدخلية للعقد فيها اصلا ، وبه صرح في جامع المقاصد والشهيد الاول الذي قلما يغاير المشهور قدس الله اسرارهم .

أقول بعد ان كان العقد دخيلا في تحقق الشركة يكون في مورد الشك في تحقق الشركة الاصل عدم تحقق ماهية الشركة ، لكونه مسبوقاً بالعدم الازلي ، الا انه بعد وجود الاختلاط والشك في تحقق ماهية الشركة يكون من قيام الاجماع في صورة وجود الخلط المذكور فتكون الشركة الحكمية من كون الانتفاع لهما والضرر عليهما محققة ، ولا اشكال في تحقق مثل هذا الاجماع في اجراء احكام الشركة باسرها في المقام ، نعم يمكن حمل كلمات المجمعين على الشركه الحكمية دون الحقيقية ، فقلنا بانه لا تحمل عليه جميع اثار الشركة الحقيقية ولكنها ثمرة عملية الا في بعض الاثار في المورد كما يخفى .

ومن اثار الفرق بين كلام المشهور وما صار اليه صاحب الجواهر :

هو ان المشهور لما كانوا قائلين بان الشركه هي التداخل في السلطنتين كان نفس اجراء العقد موجبا لالزام وضعي بين الطرفين ، وتكون هذه الماهية المشتركة ولو بانه من العقود الجائزة ، لان العقد امر يوجب ارتباطاً بين الشريكين سلطنتيا ووضعيا فيمكن ان يكون جائزا ويمكن لهم الاقالة متى ما ارادوا ذلك وتجري جميع اثار العقد الجائز كما هو مترتب عليه .

وهذا بخلاف مذهب الجواهر اذ بعد ان عرف الخلط الذي تكلمنا عنه بأي نحو صار اليه صاحب الجواهر من تداخل المملوكين الذي كان الاشكال وارداً عليه من الفرد المردد وغيره فلا يمكن له الا القول باللزوم ، لانه لا يتعقل الشركة المترتبة اثار

. . . .

التجارة عليها ، الا ان يكون مورد لا يعارض العقلاء بذلك ، والاكما اختلط كان في مغايرة الشركة ، بل كل يختص بماله واقعاً ، فلذلك قال باللزوم في عقد الشركه فراراً عن اقدام العقلاء على ترتيب اثار التجارة على هذه الشركة بعد تحقق شرطه بلا سلطنه كل منهما على فسخه .

نعم لهما الافراز بالقسمة ، وهو من الاحكام الغير قابلة للاسقاط ولا التوارث لسطنة كل منهما على تخليص ماله عن مال غيره ، وهذا بخلاف مذهب المشهور ، فانه ليس الا من العقود الاذنية الجائزة لكل منهما الرجوع عن اذنه .

وفي هذا المجال قلنا بان لكل منهما ان يعرض القسمة لتخليص ماله كما سيأتي بيانه ، وقد حكم المشهوركما في العقود الجائزة بعدم صحة الشرط كما هو رأي المشهور ، ولكن تقدم القول فيه في المضاربه ونقول به في المقام ، ونرتب عليه ايضاً في المقام فانه وان قلنا بانه من العقود الجائزة نحكم بجواز كل الاشتراطات من دون اشكال كيف اتفق .

وذهب المشهور الى فساد الاشتراط في العقود الجائزة كليةً وسياتي فساد ما صار اليه المشهور ، ولهذا نقول بجواز اشتراط كون الربح لاحدهما بلا عمل والخسران عليه او على الاخر كما سياتي مفصلا عند تعرض الماتن له .

والعجب من بعض الاعاظم من الاساتذة كيف لم يمكن له فرض الشركة الحقيقة الواقعية ، واكتفى بالشركة الحكمية ، وكلمات المشهور مشحونة بها وان ما تعرض له الجواهر مضافا الى الاشكالات الواردة عليه لا يكون شركة وانما هو في بعض الاثار يكون من المحكوم بحكم الشركة ، والعجب من البعض بعد ما ذكر كلمات القوم وجاء بذلك ، في بحثه لم ينتبه لما ذكر في الرياض ، بقوله والشركة انها احتماع حقوق المُلاك فيه وكانه لم يتدبر معنى احتماع حقوق الملاك بأي

....

معنى اراد ذلك .

واما الامثلة التي جاء بها فان ذلك يفرق ، فان الشركة تارة بخلط المايعات ، فان كان الخلط عن سابق اصرار وتصميم من المالكين فان ذلك يكون موجبا للشركة الحقيقية ، فان العرف رأى ان المالكين باختيارهما مزجا المالين وشك في ان المالكين عن سابق اصرار وتصميم مزجا المالين ، ولكن لا يُعلم انهما ارادا تداخل الملكيتين والسلطنتين ام ارادا تداخل المالين ولكن لا يريدان تداخل الملكيتين والسلطنتين ، فان من اصرارهما بالامتزاج يكون امارةً على انهما ارادا الشركة الحقيقية وتداخل الملكيتين ، وهكذا جميع الامثلة التي ذكرها الماتن وذكرها القوم .

واما الصورة التي يكون الخلط فيها باختيار المالكين بدون قصد الشركة ولا مع الشك في ذلك وخلطا اموالهما ، فان العرف والعقلاء كما قلنا سابقا يحكمون بالشركة الواقعية ، فان نفس القصد بالاختلاط يوجب الشركة وان لم يكونا قاصدين لذلك ولا يكون من الشركة الحكمية ، والاشاعة الموجودة في كلمات القوم انما يريدون بها الاشاعه في السلطنة لا الاشاعة في المملوك ، وعند تعرض بعض الاساتذة في هذا المورد تراه كلما يكون في ذهنه الاشتراك في المملوك لا الملكية ، فكل ذلك يكون من الشركة الواقعية التي تترتب اثارها ، وكلما يحكم بالشركه الحكمية فانه من دون قيام الاجماع يرتب عليها اثارها ولكن احكام الشركة الواقعية لا تترتب عليها الا بشمول الاجماع .

والحاصل ان المقام يبحث فيه :

تارةً عن الشركة الواقعية وما يترتب عليها من ملكية الحصة المشاعه والسلطنة المشاعة واليد المشاعة كما ذكرنا وتارة يبحث عن اجتماع المملوكين

واما الاختلاط مع التميز فلا يوجب الشركة ولو ظاهراً ، اذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري ، او القرعة .

(**واما واقعية**) مشتندة الى عقد غير عقد الشركة ، كما اذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء او الصلح او الهبة او نحوها (**واما واقعية**) منشاة بتشريك احدهما الاخر في ماله اذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص ان يشركه فيه ، ويسمى عندهم بالتشريك ، وهو صحيح بجملة من الاخبار.

(**واما واقعية**) منشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله ، ويسمى هذا الشركة العقدية ومعدود من العقود ثم ان الشركة قد تكون في عين وقد تكون في منفعة وقد تكون في حق ، وبحسب الكيفية اما بنحو الاشاعة واما بنحو الكلي في المعين.

واجتماع المملوكين لا يكون من الشركة في شيء الا انه من قيام الاجماع على ترتيب اثار الشركة فتكون شركة حكمية.

وثالثةً ما صار اليه صاحب الجواهر من ان الشركة عبارة عن وجود القصد الى تحقق الشركة والعقد له ، ولكن بشرط تعقب الخلط بين المالين وتكون هذه الامور شركة عند الجواهر ، ويترتب على كّل من هذه المباني اثره الخاص به ، كما سيأتي ذكره عند التعرض له انشاء الله تعالى .

وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين او الشركاء مستقلاً في التصرف ، كما في شركة الفقراء في الزكاة والسادة في الخمس والموقوف عليهم في الاوقاف العامة ونحوها [١]

---

(١) واما الاختلاط مع التمييز فان كان بفعل المالكين ولو لم يكن بقصد الشركة ولكن اصر على الاختلاط ، ولو كان مميزاً كان ذلك امارة على الشركة الواقعية على ما بيناه .

واما على مبنى صاحب الجواهر فانه مالم يكن بقصد الشركة كان كما قاله الماتن من انه لا يكون من الشركة ، وان كان على مبنى صاحب الجواهر كان اختلاط المملوكين الا انه مالم يقصد الشركة لا تتحقق الشركة الواقعية ولا الشركة الظاهرية لمقام التمييز بين المالين ، مع انه لو كان الاختلاط بين المالين وصارا طبيعيةً ثالثةً كالسكنجبين كان ذلك من باب الشركة الواقعية على مبنانا .

واما على مبنى صاحب الجواهر فلا شركة لعدم قصد الشركة بذلك ، هذا مع عدم الاشتباه فيكون هذا الاختلاط موجبا للشركة على مبنانا فكيف بالاشتباه ، واما على مبنى صاحب الجواهر الذي صار اليه الماتن لعدم القصد للشركة في هذا الاختلاط ، وحينئذ يكون هذا الاختلاط كفى لتحقق الشركة والاشاعة اذ من الواضح ان مّناً من الحنطة اختلط بمن من الشعير بحيث ان منّ الحنطة زيد عن سابق اصرار وتصميم وُخِلط مع منّ الشعير مع عدم قصد الاختلاط فالنتيجة الحتمية ان يكونا شريكين في هذه الحبوب ، بعد ان كان هذا الاختلاط برضاهما ، وبعد الاختلاط تكون الشركة منتزعة ولا تكون الشركة امراً قصدياً بل هي تُنتزع عن الاختلاط مع قصده لذلك ، حيث ان الشركة الحقيقية على مبنانا انما تحصل بتداخل الملكيتين لا الملكين والمملوكين ، فان كونهما في الخارج منحازين او يمكن التفرقة بينهما فلا يكون دليلا على عدم الشركة ، او عدم انحيازهما ، يكون

. . . .

دليلا على الشركة ، فان ذلك ناشىء عن تدبر في كلمات المشهور (قدس الله اسرارهم) وعلى هذا فلو قصد الاختلاط كان ذلك من الشركه الواقعية سواء كانا مميزا او لم يكونا مميزا ولا يكون من الشركة الحكمية كما تفضل به بعض الاساتذة . فان السكنجبين الذي يكون الخل فيه لواحد والسكر لآخر وقد خلطاه باختيارهما كان ذلك شركة واقعية وكذلك في الحنطة والشعير اذا كانا قاصدين بهما الاختلاط ولو فرض قصد الشركة ولكن قاصدين الاختلاط فان نفس اختلاط الملكيتين تنتزع منه الشركة ولا يحتاج الى قصد الشركة وهذا بخلاف مبنى صاحب الجواهر والماتن ، لانهما يرون تداخل المملوكين موجبا للشركة ، حيث ان تداخل المملوكين اذا كان بقصد الشركة في الرتب المتاخرة او لعقد الشركة يكون موجبا للشركة ، واما اذا لم يقصدا الشركة فتأتي فيه هذه التفاصيل ، لان تداخل المملوكين لا يكون موجبا للشركة ، بل على مبنى صاحب الجواهر والماتن ان قصد الشركة ان كان متعقباً بالاختلاط يكون شركة حقيقية .

وهذا بخلاف مبنانا ، من ان تداخل الملكيتين يوجب الشركة الواقعية ولو لم يكن مخلوطا فهناك ثلاث مبان :

الاول : تداخل السلطنتين ولو كان الملك معلوما غير مختلط بينهما اصلا ، فيكون شركة واقعية حقيقية ولو كان الملكان والمملوكان معلومين غير مخلوطين .

الثاني : ما صار اليه المشهور من ان الاختلاط بنفسه يكون موجباللشركة ، ويكون كما صار اليه الاصحاب ، وعليه لا يكون قصد الشركة دخيلا في الشركة ، وانما تكون الشركة متحققة بنفس الاختلاط ، ويكون القصد موجبا لجواز التصرف لكل واحد من الشريكين في مال الاخر ، واذا لم يكونا قاصدين لذلك تتحقق الشركه الحكمية ، ولكن قصد الشركة لا يكون دخيلاً في الشركة الواقعية .

....

الثالث : ماذهب اليه صاحب الجواهر والماتن من ان الاختلاط بنفسه لا يكون موجبا للشركة الواقعية ، بل الاختلاط بنفسه يكون موجبا لاشتباه المالين لو خُلي وطبعه ولكن اذا كان الاختلاط متعقبا لقصد الشركة كان ذلك هو الشركة الواقعية وبهذا يكون الماتن مقتدياً بصاحب الجواهر ومتابعاً له في تفريع الفروع المذكورة.

وعلى أي حال فان المزج باختيارهما لا بعقد الشركة لا يكون على مبنى صاحب الجواهر شركة فان كانا معينين اختص كل بماله اذا كان مميزاً وان كان مشتبها يراعى فيه قاعدة المصالحة القهرية .

وعلى مبنى المشهور لما كان الاختلاط باختيارهما يوجب الشركة الواقعية وان كانا غير قاصدين للشركة بل باختيارهما اختلطا كان الاختلاط موجبا للشركة الواقعية .

واما على مبنانا لما كان الخلط باختيار الطرفين كان موجبا لتداخل السلطنتين والملكيتين ومصير ذلك هو الشركة الواقعية ، سواء كان المالان ممتازين ام لم يكونا ممتازين ، وان كان المالان مشتبهين يكون من الشركة الواقعية .

واما ما ذهب اليه الماتن يكون مطابقاً لما توصل اليه صاحب الجواهر كما عرفت ، وفي هذا المجال لو فرضنا الاختلاط بالمزج وكان كل من العينين معيناً وامكن تخليص كل من المالين عن الاخر ، فهل يكون هذا الاختلاط موجباً للشركة ام لا ؟ .

اما على مبنانا فواضح من ان الخلط كان باختيارهما وهذا يوجب الشركه الواقعية ، سواء امكن الامتياز بينهما ام لم يمكن الامتياز بينهما ، واما الشركه الحكمية فذلك امر يكون في الرتبة المتاخرة عن المزج ، فان كان المالكان ارادا ما

....

عدا التصرف في اموالهما وارادا ان يمتنعا عن التصرف في مالهما بصورة منفردة بعد المزج كان ذلك من الشركه الحكمية ، لا مثل المورد الذي خلط عن سابق اصرار وتصميم فيكون شركة واقعية على مبنانا ومبنى المشهور حتى في مورد التمييز.

واما مع الاشتباه وعدم التمييز فان على مبنى الحق ومبنى المشهور تكون الشركة الواقعية موجودة.

واما على مبنى الماتن المتابع لصاحب الجواهر فان قصد الشركه غير موجود، والمفروض لحصول الشركة اختلاط المالين عن سابق اصرار وتصميم، والمفروض ايضا ان اختلاط السلطنتين غير متصور، ولازم ذلك ان مرجعه التصالح القهري لانهما مقران بان هذان المال لهما ، ولم يعلما ان المال لا يهما فقهراً يكون مورداً للصلح القهري او القرعة كما هو واضح على مبنى الماتن وكذلك الجواهر واما على مبنانا ومبنى المشهور فكما عرفت فيما تقدم انفاً.

واما ما صار اليه الماتن من كون الشركة واقعية مستنده الى عقد غير عقد الشركة كما اذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء او الصلح او الهبة او نحوها ، فان الشراء بهذه الاسباب يحقق الاختلاط على مبنى صاحب الجواهر لانهما اقدما على هذا الشراء فيكونان مالكين لهذه السلعة ، ومع قصدهما للاشتراك بهذا المال تكون شركه حقيقية كما هو مبنى الجواهر ، واما اذا ملكا السلعة من دون ان يكونا قاصدين للشركة بک كان قصد كل منهما الشراء لنفسه من دون صديقه وهكذا أو كله صديقه للشراء لنفسه لا له وعلى هذا فلابد وان يكون هذا الخلط محرزاً منه قصد الشركة حتى تكون شركة واقعية ، حتى ولو كان العقد الواقع من كليهما لا يفيد الشركة الواقعية ما لم يحرز ذلك ، واما على مبنانا فان الشراء لا يكون لكليهما

. . . .

بمعنى ان الصلح او الهبة او البيع الصادر لكليهما يكون صرف وقوع هذه المعامله فان ذلك يوجب الشركة الواقعية بين الشخصين او الاشخاص ، ويترتب على ذلك الشركة الواقعية ، ومن كونهما دوا يد ناقصة وانهما في محل النزاع يرتبان عليه اثارها ايضاً .

فان الخلط المفروض في المقام وان كان باختيارهما الا انه لا يعد شركه على مبنى صاحب الجواهر بل بشرط التعلق بقصد الشركة ، والمفروض غير مشار الى هذا القصد في المقام ويكون المقام حينئذٍ على مبنى صاحب الجواهر مورداً للصلح القهري ان كان الاختلاط غير مميز ، وان كان مميزاً اختص كل منهما بماله ويكون فتوى الماتن على خلاف مبناه .

وتكون الشركة التي يطلب الاخر بتشريكها شركة واقعية على مبنى الماتن والجواهر حاصله في هذا المقام .

وقد وردت روايات في المقام لا بد من ذكرها اولاً ثم الاستظهار منها:

الوسائل باب (١) من ابواب كتاب الشركة صحيح هشام ابن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام :

قال سالته عن الرجل يشار في السلعة قال عليه السلام ان ربح فهو له وان وضع فعليه .

ونفس الباب صحيح الحلبي عن ابي جعفر عليه السلام :

قال : سالته عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها فاتى رجل من اصحابه فقال : يافلان انقد عني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك فنقد عنه فنفقت الدابه قال ثمنها عليهما لانه لو كان ربح فيها لكان بينهما .

وصحيحة اسحاق ابن عمار قال : قلت : للعبد الصالح عليه السلام :

....

الرجل يدل الرجل على السلعة فيقول اشترها ولي نصفها فيشتريها وينقد من ماله قال : له نصف الربح قلت : فان وضع يلحقه من الوضعية شيء قال : عليه من الوضعية كما اخذ من الربح .

اما الاستدلال بالرواية الاولى فان الظاهر من ذلك هو المشاركة في اصل ملكية السلعة وتكون الشركة هي الاشتراك في الملكين ويكون الربح بينهما وان وضع فعليه وهذا مما لا اشكال فيه كما تدل عليه الرواية ويكون من عمومات الشركة ومعناه ان بينهما تقريراً للشركة وتقرير الشركة يقتضي ان يكون الربح بينهما والوضعية عليهما ولكن المدلول من الرواية ان الشركه لا تحتاج الى عقد بل صرف رضايتهما بالشركه كافٍ لترتب الاثار عليه .

واما الرواية الثانية فانه اشترى الدابة لنفسه ولكن لتعويضه ثمن الدابة جعل الشركة معاطاة لينقد ثمنه لمن اشترى منه الدابة فتكون الشركة المعاطاتية ايضاً كافية لترتب اثار الشركة عليها .

اما الرواية الثالثة فان الظاهر ان الرجل المذكور او المفترض في الرواية يقوم بدور الوسيط بين البائع والمشتري ولاجل هذا العمل يستحق الاجر وباجر الدلاله هذا يشارك الدلال فيجعل اجرة من اشترى هذه السلعة ، والظاهر ان الدلال لا ينقد نصف الثمن كله يدفعه المشتري ويكون نصف الربح للدلال .

هذا ما يمكن الاستفادة منه ويمكن الاستفادة لما صار اليه القوم بان الدلال بعد ان علم بالسلعة دل غيره لان يشارك فيه باب يكون شريكاً في اشتراء هذه السلعة اذا دفع مقداراً من الثمن ودفع المقدار الباقي شريكة وعلى هذا تكون الشركه من ناحية المشاركة المالية الحقيقية .

وعلى هذا يكون المحتمل في الرواية كلا الاحتمالين وهذا كثيراً ما يكون

....

كما هو الواقع اليوم فان الشيء المربح يراه الشخص ويريد تحققه ولكنه ليس له قدرة مالية فيرى بعض اصدقائه ذا قدرة وتمكن من ان ينقد الثمن نقداً ويقول له : انقد ثمن هذه السلعة لانها مربحة ، وانا شريكك في هذه السلعة ، فتارةً يكون الذي دله على هذه السلعة يشارك في اعطاء بعض ثمن السلعة ، فيكونان شريكين في تملك السلعة ، ويكون الربح بينهما وان خسر فعليهما ففي هذا المورد تكون شركة ، والذي دل غيره كان مؤدياً لبعض الثمن بنفسه وعلى هذا فيكون في الخارج مؤدياً بعض الثمن فيكون شريكا لصديقه .

وتارة يرى الشيء المربح ويريد شرائه ولكنه ليس له مال لشرائه اصلا وحينئذ يرى من له المال كالاحتمال الثاني في الرواية ، ويقول لصاحب العملة الصعبة اشتر هذا المال وانا شريكك في الاشتراك بهذا المال ، ويكونان شريكين في هذه السلعة ، ولا يحتاج الى ان يكون احد الشريكين شريكاً في انقاد بعض المال ، لانه على مبنانا كانت الشركة عبارة عن تداخل السلطنتين والملكيتين وهذا المعنى لا يحتاج الى وجود خارجي ، بحيث ينقد بعض المال خارجا بل بمحض رضاهما بالشركة تتداخل السلطنتان وهما مشتركان ، ولو كان احدهما دافعا للمال والاخر لم يكن دافعا لبعض الثمن خارجا ولكن لما كانا حكما بينهما بانهما شريكين في هذا المال كانا شريكين فيه ، وتكون لهما سلطنة مشتركة على هذا المال ويكون الربح بينهما والوضعية عليهما ، وعلى هذا الاعتبار كانا شريكين واقعاً وان كان احدهما دافعا والاخر غير دافع لرأس المال ، ولا يكون ذلك بعنوان القرض حتى يقال ان الدافع قد اقرض بعض الثمن الذي هو على ذمة شريكة بحسابه حتى اذا ما ربح المال يقال ان الزيادة التي وصلت الى شريكه هي ربح الدين ، وذلك لان الشركة الصحيحة عبارة عن تداخل الملكيتين لا تداخل

....

المملوكين حتى يتوهم الاشكال ، فانه ربما يتوهم الاشكال في تداخل المملوكين ففيه قد يتوهم ان شريكه اذا لم ينقده نصف راس المال فأي معنى لكون الربح بينهما والوضعية عليهما الا ان يكون قد اقرض الشريك الآخر بعض راس المال ، ويكون ذلك من الزيادة في الدين ، ولكن ذلك توهم فاسد لان الشركة ليست الا تداخلاً في الملكيتين ولو لم يكن في الخارج لهما وجود اصلا ، فتوافقهما على ان يكونا شريكين كافٍ لترتب الشركة بينهما وكون الربح بينهما والوضيعة عليهما ، ويكون من الشركة الواقعية ، وهذا مما لا اشكال فيه ويكون المقام من الشركة الواقعية الذي هو خلو عن الاشكال وام البنك فهو الذي يقوم بهذه الاعمال ، فيكون الشخص المشترك مشتركاً مع البنوك حكومية كانت او اهلية وتكون البنوك بنفسها قائمة بالقوانين الدولية ويكون اعتبار العقلاء لها بما انهم قائمون بذلك البانك المركزي مستقلاً عن الدولة في معاملاته ، ويكون تحت حماية الدولة ، ويكون له وحدة اعتبارية ، وهذه الوحدة الاعتبارية كالدولة تكون مالكة لرأس ماله ، ويملك ما اشتراه ويمكن الشركه معه ، وهذه الهيئة بما انها هيئة تصح المعاملة معها من احد الاشخاص من البنك اذا كانت المعاملة مع اموال البنك واما اذا اراد البنك المعاملة في رؤوس الاموال المودعة عنده من اصحاب الحساب مع البنك تكون هذه الهيئة ضامنة للودائع المودعة في حساب الاشخاص ، وبعد ضمانه لهذه الودائع لا يحتاج الى وجود الرصيد بمقدار الودائع الموجودة لحساب الاشخاص ، ويكون الضمان موجوداً ، ويملك الاشخاص الذين لهم رصيد في البنك بمقدار رصيدهم ، ويمكن للبنك صرف كل المبالغ الموجودة لديه الى التجارة من دون حضر شرعي ، اذ قد تقدم في بحث الضمان ان الضامن بضمانه يتحول المقدار الذي ضمنه الى عهدته ، وهذه العهدة ليست المال المودع في

....

البنك بعنوان الوديعة ، بل ان العمارة التي تكون للبنك لما كانت غير ذات شعور فصاحب الحساب انما يجعل امواله للبنك باعتبار البنك وحيث جعل الحساب في البنك يعتبر البنك أي الهيئة ضامناً لا مواله الموجودة لديه واذا كان كذلك لا يكون الرصيد الموجود لديه ذات اهمية للبنك لان البنك بعد ان كان ضامنا لاامواله ليس للرصيد قيمة للشخص وانما كان بفتحه الحساب عقداً لضمان البنك بكل امواله التي يجعلها في البنك ، فالضمان في هذه الحالة حاصل وذلك عبارة على ان صاحب المال بعد ان فتح الحساب مع البنك فالبنك بفتح الحساب يكون ضامناً لهذا الشخص بحيث كلما احتاج مقداراً يعطيه له ، ولكن بنسبة مقررة حسب قوانين البنك فان البنك جعله العقلاء واعتبروه لحل مشاكلهم ، فان قلنا بان المتعامل مع البنك انما يجعله مودعاً لنفسه ، فيجري فيه الاشكال الموجود الى هذا الزمان واختلاف الفقهاء في فتاواهم .

ولكن اذا قلنا بان فتح الحساب مع البنك يجعل البنك ضامناً لكل ما يحول اليه من صاحب الحساب على القوانين المعمولة في البنك كان له رصيد يعادل المقدار المحول اليه او لم يكن له رصيد يعادل ذلك كما هي قوانين البنك اليوم او ان البنك يعتبر الشخص ولو لم يكن له رصيد ، ولكن بالاعتبار الذي ساهم فيه البنك بهذا الاعتبار يقبل كل شيك يصل منه ويدفعه ، وهذا الاعتبار الذي يفرضه البنك لا يحتاج الى كونه نقداً لرجال الاعمال ، بل ان البنك عندما يفتتح نشاطه المصرفي لا يعتبرون ان هذا البنك بما عنده من النقد فلو اعتبروا البنك بما عنده من النقد لما كان للبنك اعتبار اصلاً ، اذ انهم يعتبرون ما يملك من العمارات والذهب والاوراق التي يملكها لحسابات القرضة وغير ذلك ، والشخص الذي يفتح الحساب مع البنك يعتبره البنك بهذا الاعتبار ، وعلى هذا فيكون البنك

....

ضامناً لمن يفتح الحساب معه ، واذا كان ضامنا كان عنده رصيد نقدي او كان له رصيد اعتباري فالبنك ضامن لكل ما يصدر من الشيكات من قبل الشخص الفاتح معه للحساب .

ونستطيع تصنيف الاعتبارات المفتوحة مع البنك على أربعة انحاء :

الاول : ان الشخص اذا كان له حساب مع البنك وكان الحساب شخصياً ، وجعل الاموال عنده ، وتردد المال عنده ياخذه تارة ويستودع اخرى ، وحصلت هذه الكيفية بحيث اطمأن البنك بان له اموال طائلة يستطيع التسديد اذا اعطاه ما لا يمكن ان يوفيه في وقته ، فيفتح له حساباً خاصاً به ، ويكون هذا الاعتبار مؤيداً من البنك ، فلو لم يكن له مال واحتاج الى مال نقدي فيمكن للذي له هذا النحو من الاعتبار عند البنك ان يكتب شيكاً ويأخذ من البنك ، وفي هذا المجال ياخذ البنك زيادة من الطرف ولكن هذه الزيادة لا تكون زيادة عن المال المدين به بل تكون الزيادة ضماناً لوصول ماله اليه احترازاً من الاخطار والاحتمالات غير المتوقعة في وصول الدائن الى ماله كما عبروا عنه في الكتب المبسوطة في اعتبارات البنوك ، وكما قلنا يكون البنك آخذاً منه هذه الزيادة لاجل تضمينه المال الفايض كذلك ، فلا يكون زيادة في الدين حتى يكون رباً محرماً وانما يكون لاجل اطمئنان الدائن لاجل وصوله الى ماله .

الثاني : اذا احتاج الى مال نقدي ولم يكن عنده واراد من البنك اخذه او اراد اخذه من شخص اخر غير البنك وجعل له كمبيالة ، وهذه الكمبيالة بعد الكتابة والتوقيع يجعلها في البنك ، او يجعلها عند شخص وينقص منه مبلغاً ويدفعه اليه ، فاذا فرضنا انه احتاج الى مائة الف لمدة شهرين ، وكتب الكمبيالة بمبلغ مائة الف وباعها الى زيد بخمسة وتسعين الف ، وقبض المبلغ والشاري للكمبيالة كان له

. . . .

سند بماة الف وبعد مرور الشهرين يحصل له مائة الف فهذا الزائد يكون ربا محرم ، وعدم القول بان هذا البيع ربويا سفسطة ، لا اعتبار به معامليا كان او مجامليا ، الا ان الكلام فيما اذا كان ديناً لا يمكن تحقق الزيادة ، ولو بعنوانٓ البيع كما صار اليه البعض ناقلاً عن استاذه ، اذ هو زيادة في الدين ولو كان بعنوان اخر ، ولكن الكلام في ان البنوك تعتبر ان هذه الوثائق تُشترى من اصحاب هذه الوثائق لا انهم يوفون الدين باقل منه ، اذ تراهم يقولون ان هذه الوثائق كانت بازاء الجنس او كان مجامليا ان هذه الوثائق او السندات يتفاوت سعرها السوقي ، وبعد انهم يرون تفاوت اسعارها السوقية ، فلا يقدمون خصوصاً اذا لم يكن بازاء الجنس الا شرائه ، الا اذا كانوا مطمئنين بان لهم منفعة في شرائه ، وبعد احرازهم بانتفاعهم يقدمون على شرائه ، والاعتبار بنفس الاوراق والكمبيالات لا ان يكون نظرهم الى النقد الحاصل من المال فانهم يعتبرون هذه الاوراق سلعاً يتجرون بها وفي تجارتهم هذه يكون نظرهم الاصلي الى نفس الاوراق ، فان البنوك ـ كما يصرح اصحاب البنوك ـ لا تقدم على شراء هذه الاوراق لان نوبات السوق تجعلهم متضررين بشراء هذه الاوراق ولهذا لا تكون الفائدة المكتسبة داخلة في الزيادة على الدين خصوصاً اذا كان مجاملياً ويكون للبنوك حق في بيع وشراء هذه الاوراق ومن هنا تعلم ان اشتراء الاوراق ليس كاشتراء الدين ، لانه ان كان المناط هو اشتراءالدين فلا بد وان يعتبروا الدين ومدته ووصوله وعدم وصوله ، ثم يتعاملون به ، ولكن الامر ليس كذلك وانما يتعاملون بالاوراق كسلع في السوق .

فان الكتب الدارجة في الاقتصاد الغربي التي كتبها دكتر منوجهر زندى تصرح بان الزيادة انما تؤخذ للتامين على وصوله بماله ، بمعنى انه بهذه الزيادة يؤمن وصوله الى طلبه وهذا التامين امر خارج عن عقد القرض ، نعم لو قلنا بان

. . . .

هذا قرض ، وكل شرط اوجب الزيادة فهو ربا ، ولكن لابد وان يطمأن المقرض بوصوله الى ما يطلبه من المدين فتكون هذه الزياده للتامين على وصوله بماله كما قلنا انفا .

الثالث : اعتبار من البنك في مقابل التجارة على اوراق اسناد المخازن التي يعطونها الى التجار الواجدين للسلع في المخزن وكذلك الاسناد التي تعطيها مؤسسة النقل للتجار لنقل وانتقال بضايعهم ، وتكتب في هذه الاسناد ان التاجر ما يملك من السلع وجميع الخصوصيات الواجدة لهذه السلع والكمبيالات وهكذا فان التحقيق في ذلك يعتبره البانك لصاحب الكمبيالة اعتباراً ويعطيه مقداراً من المال اذا احتاج الى ذلك ، ويأخذ الزيادة للتتحقيق عن اعتباره وانما يعطيه بعد ان يطمئن بنقل السلع.

فهذا الاعتبار الذي يؤيده البنك من ناحية التحقيقات تكون له الاجرة ، ولذا ترى انه لو لم يكن هذا التأييد فلا معنى لا قدام البنك لا ستقراضه ، فلا يعطيه أي مال له ، فيكون التداخل في شؤون التاجر والعلم بتمام سلعه واشتغاله في ذلك كما هو حقه فيؤيد اعتباره ، وبعد التأييد يجعل نقيصة عما يريد من المال ويعطيه ، فالماخوذ من البنك باعتبار اطمئنان البانك بانه سوف يدفعه والا لما اقدم البنك على اعطائه العموله التي يريدها التاجر.ج

الرابع : ان البنوك يكون لها دخالة في الصادرات والورادات من مملكة الى مملكة اخرى ، او من بلد الى بلد آخر بداعي التصدير كانت الدخاله او بداعي الاستيراد ، ففي هذا المورد لو اراد صاحب المال الاستعانة بالبانك كما هو المعمول ، اذ لا يمكن عمله بدون الاستعانة به . وذلك مثلا لو اراد التاجر الاستيراد من الهند مثلا فلا بد له من طرف اخر في العملية فان الاستيراد من الخارج او

....

التصدير اليه يحتاج لم يصدر اليه السلع او يأخذ منه السلع التي تصدّر الى ذلك البلد او تستورد من ذلك البلد ، وكان الذي ياخذ ما صدّره الى ذلك البلد او يعطيه السلع الذي يستوردها منه يحتاج الى المال او العمولة ، فالذي يصادر الاموال والسلع التي يصدّرها يحتاج الى المال النقدي حيث يصدّر السلع الى الخارج فيحتاج الى كميات من المال يعّوض بها عن السلع الخارجة ، وهكذا فا استيراد السلع من الخارج يحتاج الى العمولة التي تعوض عنها في الخارج ، والمفروض ان التاجر الذي يقوم بالاستيراد او التصدير اذا احتاج الى المال بحيث يعوضه الذي على حسابه صدّر المال له ، وسُمي هذا بالتقبل الاعتباري ولبيان ذلك لابد من ذكر مثال يوضح ما نريد ذكره :

فنقول ان التاجر الذي هو ساكن (الف) يريد تصدير الجنس الى بلد (ب) والذي يريد تصديره بواسطة التاجر في بلد (ب) وهو ياخذ الجنس الصادر منه والتاجر الذي يريد التصدير الى تلك المنطقة اذا اراد العمولة النقدية ويريد ما بازاء السلع التي سيصدرها الى منطقة (ب) ويريد اصدار الحوالة للتاجر الذي سوف يقبض السلع في منطقة (ب) ومثل هذه الحوالة على عاتق القابض للسلع في منطقة (ب) وهنا من المستبعد ان تصدر البنوك في (الف) حوالة للتاجر في (ب) ، وان تدفع العمولة النقدية التي حولها عليها التاجر الذي صدّر الجنس على حسابه ، لان البنوك في منطقة (الف) التي صدّر منها الجنس بعد ان كان بيد التاجر فلا يعتبرون هذا الجنس لهم ، لانه لا يمكن للبنوك الموجودة في منطقة (الف) الاعتبار للتاجر الذي قبض السلع ، ففي المقام يمكن للبنوك الواقعية في منطقة (الف) يمكن لهم كسب الحالة الاعتبارية للقابض للجنس المصدر له السلع ويحيلون بتوسط البنوك القاطنة في منطقه (ب) بنحو يكون البانك لمنطقة (ب)

. . . .

فيصدق الاعتبار للقابض للسلع ، وبموجب جلب هـذا الاعتبـار يـدفع العـمولة النقدية ويضمن للتاجر الذي هو في منطقه (الف) ايصال المال له على حساب القابض للسلع في منطقة (ب) .

بهذا التضمين يمكن للتاجر المصدر ان ينزل مقدار التضمين في احد البنوك في منطقة (الف) ويحولها الى البنوك في المنطقة (ب) ، فالمنزل للبنوك هـو البنوك لمنطقة (الف) حيث هو الدافع للعمولة النقدية للتـاجر المـصدر وذلك بضماه البنوك لمنطقة (ب) بالاعتبار الذي ضمنه البنك لمنطقة (ب) ، فاذا امكن للبنك المضمن الوصول الى المال الذي ضمنه لمنطقة (الف) فهو والا فيجب في العرف الدولي ان يؤدي ما ضمنه وان لم يكن وصوله الى ذلك فهو الذي يؤديه على قرار التضمين الى البنك المـصدر ، بـالاعتبار الذي يـاخذ له فـان امكـن له الوصول لما اداه الى البنك لمنطقة (الف) فهو والا فهو الضامن ، واداء البنك (ب) باعتبار الاجرة التي تكون بهذا الاعتبار ، ولا يكون شيء من ذلك ربحا على تأدية المال وانما هو عمولة فهذه قرارات للبنوك لا يكون شيء منها ربا حراما .

وما اخذ البنوك لا موال الناس من اجل المضاربة سواء كان طويل المدة او قصير المدة فايضا قد سبق منا ان هذا مضاربة ولكن لا يكون الضرر وارداً على راس المال فقد قررنا في المضاربة كما سبق في (المسألة الرابعة عشر) في ان اشتراط الربح كله للعامل دون الخسران ويكون الخسران كله على المـالك او بـالعكس ، بحيث يكون الربح بيهما والخسران على العامل ايضا ، لا اشكال فيه ولا يكـون منافيا لمقتضى عقد المضاربة وهو العمدة في اشكال جميع الاعاظم في بطلان عقد المضاربة ولقد قررنا عدم الاشكال فيه .

وعلى هذا فان النقد الذي يجعلونه في البنك بـاعتبار المضـاربة ويـؤدي

....

البنك منافعا لهم كان قصير المدة او طويل المدة كما هي قواعد البنك ، لا اشكال في ذلك وهذا كله قررناه في باب المضاربة ومن اراد فليراجع .

وعلى هذا فان التقرير بين البنك والذي يكون محتاجاً لتدخل البنك لرفع احتياجاته لا يكون اخذ العمولة النقدية من الربا ولا فرارا من الربا حتى يستشكل فيه ، وانما يكون اما اجرة للتامين او انه اخذ عمولة بحساب العمل الذي يقدمه للمشترك بحسابه الذي قدمه له .

ويمكن ان يقال ان البنوك الموجودة في العالم ـ حيث الحاجة الى البنوك عظيمة ـ هل تنطبق عليها الموزاين الشرعية ام لا ؟

ففي قديم الزمن كان البنك عبارة عن الصراف وكان الصرف له من النقود وكان الصراف يستجلب زيادة اموله باعطاء الدين وأخذ الربح على المدة المتفق عليها بينه وبين المديون ، ولكن هذا الامر كان بلا اشكال حراما وان كانوا يفرون من الربا بأمور تنجيهم عن الزيادة كما في بيع التومان بالدينار او بالعكس ولكن هذا الامر كان مورد لاشكال بعض الفقهاء من جهتين :

الاول ان التومان هل يكون اعتباره للذهب الموجود في خزانة الدولة او انه اعتبار براسه .

والجهة الثانية انه لو لم يرد الدين لما كان محتاجا لهذا الاشتراء فتكون الزيادة لاجل الدين وحينئذ فيشمله كلما اوجب الدين نفعا فهو حرام .

ولكن الصرافين انقرضوا فلا يوجد صراف في الدول الاسلامية ، وجعلوا مكانه البنك لا البنك مؤسسة لها مديرون ومستخدمون وقرارات يدبرها مدير البنك او مدرائه ، والبنك المركزي له شئوون في تصرفات البنك والنقطة المركزية لوجود البنك فان هناك كميات هائلة من العملة النقدية ، وهذه العملة النقدية

....

تجعل البنك قابلا للاشتغال ، ولكن شغل البنك يكون من اي ناحية ؟ فان العملة الصعبة كانت عبارة عن الذهب والفضة والجواهر فيكون اعتبار البنك بها ، ما دامت موجودة في خزانة البنك ، وكان اعتبار البنك قائماً بوجود هذه الامور ، وليس للاوراق النقدية اعتبار كاعتبار الذهب والفضة والجواهر الموجودة ، لان هذه الامور وان كان يمكن الاتكاء عليها الا انه اذا أُريد رفع احتياجاته لا يمكن له رفع احتياجه ببيعه ، لان الامور توجب ان لا يبقى للبنك اعتبار وتخفض قيمة الاوراق النقدية ، ففي هذا المجال لا بد وان يكون بتخللها بالتجارة ، بحيث كل بلد كانت تجارته ازيد كانت فرصة تساوي اوراقه ازيد من التجارة ، فلو كانت التجارة بهذا النقد لكانت موجبة لحصول العملة الى ذلك البلد اكثر ، فالاوراق النقدية لا تكون باعتبار الذهب والفضة ولا الجواهر ، وانما قيمة الاوراق النقدية لمن يتعامل معه اكثر ، اذا عرفت هذه المقدمة تعرف ما السر في عمل البنوك وانه لا يمكن للاوراق النقدية ان تكون رائجة في بلد وتكون مورد اعتناء العقلاء الا اذا كانت التجارة بها اكثر ، لان التجارة توجب تبديل هذا النقد بنقد في بلد اخر ، ويوجب عزة هذا النقد المصدر للاحتياج بصرف النقد المستورد للحصول على النقد المصدر واخذ ما يحتاج .

فالوظيفة للبنك او لا وبالذات امر يوجب ارتفاع القيمة للعملات التي يجعلونها ودائعا عند البنك بحيث يتصرف بها كما هو المفروض في البنوك حيث يتجرون بها ، ولو كانت الودائع الموجودة عندهم تحريرية ، بحيث كلما اراد صاحبها سحب وديعته يمكن استلام النقد من البنك بتوسط الشيكات ، فهذه الودائع التحريرية تكون مشاركة مع البنك ، والربح الحاصل من ذلك عبارة عن جلب الاعتماد من ناحية عزة النقد ، فلو أودع مائة الف ولم يكن لها عزة حينذاك

. . . .

بحيث يمكن معها اشتراء البيت مثلا ، ولكن لما اودعها في البنك بحسابه الخاص فتصرف البنك بهذا المال للتجارة فنفس العمولة التي يعتبرها العقل بتجارة البنك التي اوجبت عزة المال تجلب كثيراً من حوائجه فهذا البنك اوجب زيادة غير مستقيمة على المائة الف من دون ان يكون له زيادة في ناحية الكمية ، فهذا الاعتبار هو الذي ارشدهم الى جعل البنوك لاجل اهمية النقد وقدرته . مسؤول لرقابة النقد الدولي .

لاشك ان البنك مديون لمن فتح الحساب بالبنك ، وكان الاعتزاز بالوجه امراً مهماً وان أوجب المال المودع ارتفاع قيمته السوقية الا ان ارتفاع القيمة السوقية لاجل استثمار البنك للمال وتنمية الودائع بالتجارة ويكون النفع للمودع ، ومبنانا في محله لان هذه الاعتبارات الواردة على البنك بهذه الودائع المودعة لديه مما يعتني ، وفي هذا المجال لما كان الامر قائما بهذه الاموال المودعه في البنك اذا اراد العميل ان يستدين من البنك فان البنك نوعا يقوم بهذه الاعمال ، فاذا كان الدين من البنك فالربح الذي ياخذه من البنك باعتبار هذه الخدمات الاضافية للشعب ، لانه بهذا الاعتبار الذي وجه المال (بالاعتبار الدولي) يزداد اعتبار المال وان كان من حيث الكمية لم يزدد ، ويكون اخذ الزيادة بذلك الحساب وان لم يكن للمديون حساب مع البنك الا انه نوعا تقوم البنوك بخدمتهم النوعيه ، فياخذون الربح لا على الدين بل لهذه الخدمة ، ولو كانت التجارة بغير اموالهم كما هو المفروض بل بودائع الناس المسمى بالنقد التحريري ، ويجب على البنك الاشتغال بهذه الامور حتى يوجب عزة العمولة .

وان شئت قلت ان جميع البنوك حيث انها تساعد على النشاط الاقتصادي فتكون شريكة مع الدائن في اعتبار اصل هذه العمولة التي يجريها مع البنك

....

والشركة تقتضي انهما شريكين راضيين فِي التصرف ، فانه وان كان ياخذ المال نقداً ولكن بالعمل الذي قام به البنك يكون له شركة في ذلك ، لانه عمل له ولا يمكن للبنوك اعتبار الاوراق المنتشرة الا بالحكم بانه كلما كانت الصادرات من بلدانهم اكثر كان الاعتزاز باوراقهم اكثر ، وبعد بيان هذه المقدمة ندخل في مسائل البنك بصورة عامة ونرى انهم كيف قدروا للبنك لان يعمل ويوجب الربح لنفسه ولمن اشترك فيه .

الاولى : ان طبع الاوراق النقدية وجعلها في يد البنوك انما يوجب التضخم اذا كان هذا الطبع زيادة في الصادرات من نفس البلد الذي يكون فيه ، ومثال ذلك : الشخص اذا كان له اوراق نقدية كثيرة واراد ان يشتري لغرضه الشخصي شيئاً وذهب الى السوق فانه لما كان عنده عملة صعبة واحتاج الى هذا الشيء فذلك يوجب ان يكون مصراً على شرائه ولو بلغ سعره ما بلغ ، واما اذا لم تكن عنده العملة الصعبة فلو احتاج الى شيء لا يقدم لشرائه الا اذا امكن شرائه واما اذا لم يمكن له شرائه فلا يقدم على شرائه .

وفي هذه المقدمة تارة يكون عدم وجدان القدرة على الشراء بان تحكم الدولةبالجبر للتغلب باموال الناس لتنزل عن امكاناتهم ، بانهم يشترون كلما يريدون وراي العقلاء ان الشعب لما اودع عملته الصعبة في البنك فان هذا الايداع لما كان مأذونا بأذن عام حتى الايداع التحريري ، وحيث ان البنك له من الاموال بحيث كلما اراد صاحب العملة بالشيكات سحب عمولته امكن للبنك ان يوفيه ، فلا اشكال ان البنك يستطيع التغلب بان يتاجر بالاموال التي لديه للتغلب على التضخم ، ويكون البنك اخذاً للزيادة ، لانه اوجب بجهوده ان تكون العملة ذات قيمة عالية ، وبعد ان استقرت التجارة بهذه الاموال التحريرية فان الدولة كلما ازداد

. . . .

اعتبار الاوراق النقدية لديها يقل التضخم ، لان هذه الاوراق لا يزداد اعتبارها الا بان يتجر بها ويصدر بها ويقوم مقامها العمولة الصعبة لدولة خارجية اخرى وحينئذ لا يمكن لهم في هذا البلد تبديل العملة الصعبة بالحوائج حتى يوجب تضخماً .

هذا اول البنوك ويلزم عليهم ذلك ، وليست الزيادات التي ياخذونها من الشعب من الربا وانما تكون لعملهم بالنسبة لعزم مال الشعب وهذا عبارة عن صدور الشيكات .

الثانية : عمليات البنوك الكبرى استعانة الشركات بالبنوك لمصالح البنوك فان الخدمات التي تحتاجها الشركات لعملياتهم تتكفل البنوك بها وهذه العمليات توجب الخدمة الخاصه لاصحاب الشركات في الامور التي اذا اشتغلت الشركه بها تاخذ من وقتها ولا يمكن توفير الوقت للاعمال الخاصه بالشركة وتوفير الاموال لها فتكون خدمة البنك والاستعانة به لتوفير الخدمات لهذه الشركة ، فترجع الى خدمة صاحب السهام ويكون له خدمة الجانب الخصوصي للشعب والافراد الخاصة .

فخدمت البنك للشركات والشركات اعتادت ان تجعل مقداراً من الخدمات على عهدة البنك ، لان هذه الخدمات اولاً تحتاج الى تخصص في هذا العمل واغلب الشركات ليس عندهم من يحصل لهذا التخصص ، وهذه الاعمال انما تفيد كتمهيد معاملات الاشخاص للتعامل في البورصة ، وذلك ان الدلالين للبورصة يجعلون الاوراق التي يريدون بيعها في محافظهم فيسمى (بر تقوى) للشركات .

عملّيات البنوك للشركات .

اعتادت الشركات على احالة مقدار من اشغالهم كما قلنا الى البنوك ، والسبب في ذلك تعدد وضخامة الوظائف التي تمارسها الشركات وحاجة بعض

....

الوظائف الى متخصصين في الاعمال المصرفية لقضاء حوائج الزبائن على احسن وجه .

ان هذه الامور لا تكون من الاشتغال الاولية للشركات ففي مورد يحصل لهم الاحتياج الى هذه الاوراق في البورصة ، ويحتاجون الى من يرتب ذلك ولكن اكثر ما تحتاجه الشركات هو الاشتغال العادية التي يرتبون بها اشغالهم ، ويكون الاشتغال باوراق البورصة محتاجاً الى متخصص جاهز لممارسة هذا العمل ، ولهاتين الجهتين متى ما حصل لهم اوراق البورصة يضعون امور هذه الاوراق للبنوك التي لها تخصص بذلك وتقوم البنوك نيابة عن الشركات بقضاء هذه الحوائج لهم وهم يخدمون الشركات في هذه الامور :

١ ـ ادارة تجمع الاموال للشركاء الكبار :

الشركات غالبا لها مجال للوصول الى اموالها ولها في هذه المرحلة لكثرة اشتغالها وكثرة ما يجبى لها من الارباح ، من جهة ان السهام في هذه الشركات تباع وتشترى بكثرة فلضبط هذه الاعمال الكثيرة يجعلون البنك مستخدماً لهم للوصول بحساباتهم في اجارة البنوك لهذه الاغراض ، فالبنك يجعل دفترا يسمى بدفتر (تسجيل الانتقالات) الذي يختص بالسهام بهذه الاسهم ، والبنك والمالك اذا اراد ان يشتري او يبيع او ينقل سهمه في اوراق البورصة يمكن له مراجعة البنك ، ولا بد من ذكر التاريخ الدقيق ونحوه من المشخصات الدقيقة ومشخصات الطرفين للمعاملة يثبت في ذلك الدفتر ، ويكون هذا الدفتر للبنك مسؤلية بنفسه ولا يعود للشركات الا ان هذا الشغل يكون على عاتق البنك .

وبعبارة واضحة ان الشركات لما كانت هي التي تبيع سهامه وتشتري ويكون عمل ذلك راجعا اليه ، الا ان هذا المعنى لا بد ان يكون محتاجا لكسب الوقت

. . . .

فيعطونه للبنوك وهم يثبتون السهم بان البنك يثبت في الدفتر الخاص بذلك ، وهم ايضا يبقى عندهم الدفتر الخاص بذلك والانتقالات الواردة على الشركة مخزونةً عندهم ، وهم اي البنوك حيث يبقى الدفتر الخاص عندهم فالنقل والانتقالات هم الذين يقومون بها ، وكل وقت يبيعون سهما او يشترون سهما للشركة يلغون الاسم السابق وياتي اسم جديد ، كما هو المفروض لاجل الخدمات التي تقوم بالبيع والشراء وسائر الخدمات ، وهكذا فلو اراد البنك البيع او اشتراء السهام يكون البنك مخولا في تعيين مورد اعطاء القيمة او الاخذ بالقيمة وكل هذه الامور باجور يأخذها البنك من الشركة للاعمال التي ينفذونها على حساب الشركات ، وعلى هذا فما يحصله البنك على هذا الحساب يكون عمولة للبنك ، وان كان يقال بان هذا ربح للبنك الا ان هذا لا يكون الا عمولة للبنك قائما بخدماته وتعبير الربح لا يكون له مورد الا ان البنك في هذه العمولة قد ربح فيكون ربحا للبنك لا انه ربح للمال المعطى لهذه الامور.

ولما كان الامر في التصدي لامور الشركة اردنا البحث عن الامور القائمة في البنك بجميع شؤونه وقد ذكرنا كيفية كونها شرعية غير جالبة للربا وتصوير ذلك في المورد ممكن جداً ، وهذا واضح على مبنانا ومبنى صاحب الجواهر خلافا للمشهور، وذلك بان الناس لما كانوا يجعلون نقودهم الخاصة بالبنك بالعنوان التحريري ، فان ايداع النقود في البنك معناه ان البنك يمكن له ان يتصرف بالاموال المودعة بما يريد ، فيكون مجمعا لاموال الناس ، فكل من يودع في البنك يكون شريكا في هذا البنك ونفس البنك شريك لو كان له راس مال ، فيكون شركة عامة ويكون المال الموجود لهم ولكن يشترط للزبائن اذا ارادوا السحب من هذا المال المشترك ان يدفعوا سواء كانوا مشتركين مع البنك ام لا الربح المتفق عليه للشركاء

....

وبعبارة اخرى نتصور ان عمل البنك له جهات متعددة.

الاولى : ان البنك يكّون براس ماله الحاصل من الزبـائن الكـرام او بـنفسه شركه كبرى ، فيكون راس ماله حاصلا بمـا يـودعون مـن اصحـابه فـيه ولو كـان تحريريا ، وله اختيار عام في التصرف في هذا المال ، وقبوله لكـل مـال يـوجب الاشتراك له في هذه الشركة الكبرى للاموال ، والمقصود من جعل هذه الشركة هو استيداع اموال الناس لان يتصرفوا كل بماله ، ويكون ربح كل واحد مختصا به ، ولكن استيداع هذه الاموال يكون على نحو الاشاعة شريكـا فـي الربـح ، الا ان المقصود من هذه الشركة على نحو الاشاعه ان كل من اراد التصرف في هذا المال المشاع لا يتمكن الا ان يضمن صاحب السهام فيه ويجلب الماذون العام الذي هو (المصرف) ويكون التصرف منوطا برضا المصرف (البنك) لانه هو الذي يأذن بالتصرف في هذه الاموال وهذا التصرف يوجب ان يكون له الاختيار التام في هذه الاموال وقد قرر البنك ان التصرف بهذه الاموال سواء كان ذا سهم في هذه الاموال او غير ذي السهم في هذه الاموال اذا اراد التصرف في هذه الاموال فان جهة الاذن في التصرف فيه ان يعطي مقداراً من المال لاجل التصرف فيه وكل ما كان التصرف فيه ازيد كان اعطاء المال فيه ازيد على قوانين البنك ويكون وضعه لاجل من يريد التصرف في هذه الشركة عمومياً كان او اختصاصياً هو هذا المعنى ربما يكون له امر غير ذلك الا ان وضع البنك لاجل كل من يريد التصرف في هذه الاموال يدفع الربح للاشاعية التي اسسها البنك ويكون تصرف البنك على الاشاعة في اموال الناس ويكون امره يجلب الربح لهذه المؤسسة الاجتماعية لا لاحد من المحتمعة اموالهم فيه والانتفاع من هذه المؤسسة الا القيام بدور الوسيط لمن يـريد المـال بشرط ان يدع ربحاً لهذه المؤسسة وان لا لهذه المؤسسة امر غير ذلك وهـذا لا

....

يصدق عليه انه ربا للقرض .

وذلك لان القرض بعد ان كان من العقود اللازمة فيعتبر فيه كون العقد معاطاتا او لفظيا واما القبض فيه مضافا الى ادعاء الاجماع على ذلك الموجب لتخصيص وجوب الوفاء به وذلك ايضا لولا احتمال اعتبار القبض في صحة عقده عند العقلاء ايضا والا فيشكل التمسك بالعموم عند عدم اتصاله بالعقد المنصرف الى العقود العقلائية ويكفي لاثباته التمشك باصالة الفساد فيكون القبض شرطاً في ذلك اذا احتملنا ذلك وانما يكون الشك في اصل شرطية ذلك فيكون اصاله العدم حاكمة بنفي شرطيته .

وعلى تقدير الشرطية فلما لم يكن ناظراً الى تحديد مضمون العقد بحصوله في زمان بل الظاهر كون اشتراط القبض في المقام على حذو اشتراطه واخذه فيه واخذ اشتراطه في ساير الابواب نظراً الى نفي الحقيقة بدونه راساً فلازمه كونه ناقلا نعم لو شك في مثل هذه القيود قيداً للجعل او للمجعول ولكن لما كان القيد ناظراً الى تحديد حصول ما هو مضمون العقد بخصوصه من حين حصول القيد الذي لا ينافي ذلك مع الكشف المشهور نعم يضاد ذلك مع الكشف على مختار صاحب الفصول كما هو واضح .

ثم انه لا اشكال في عراء العقد من اشتراط الزيادة على العين المفروض كونها في عهدة المقرض للاجماعات والنصوص في شرط الزيادة العينية في العين وتكون الزيادة الممنوعة هي الزيادة العينية فلا تشمل الزيادة الحكمية او مطلق ما يجر نفعا او اعم منه وما بين الحكمية من جهة الخصوصية في العين ونفس العين او مطلق ما يجر نفعاً مالياً او مطلقاً كلام يمكن ان يصار الى الثالث لعموم كل قرض يجر نفعا فهو ربا مويداً بما في الوسائل في كتاب التجارة باب (١٩) من ابواب

....

الدين والقرض حديث (١١) عن الحسين بن سعيد عن يوسف بن عقيل عن محمد بن قيس عن ابي جعفر (عليه السلام) قال من اقرض رجلاً ورقا فلا يشترط الا مثلها فان جُوزي اجود منها فليقبل ولا يأخذ احد منكم ركوب دابة او عارية متاع يشترطه من اجل قرض ورقه . وهذا التأبييد ينفي الشرط باطلاقه فيشمل الجودة والردائة بقرينة ذيله فيتعدى الى كل زيادة حكمية .

ولكن هذا الاطلاق لا يكون الا بما يجر نفعاً مالياً وبحسب المالية فلا يشمل شرطاً يقتضي نفعاً عرضياً او حفظ دم او اطمئنان خاطر لاجل وصول الدائن الى ماله بناء على كونه نحو نفع فلا يشمل اشتراط رهن او اشتراط كونه مامناً فانه يكون للدائن اشتراط تأمين الدين لاجل وصول الدائن الى ما بذمة المدين ولو كان ذلك موجباً لصرف مقادير مقدرة للحصول على هذا الغرض وعلى هذا فلا تكون زيادة مالية في عقد القرض بل لاجل الوصول الى ما بذمة المدين .

ويمكن ان يقال انه لو لم نلتزم بمثل هذا العموم ولو بتوهم ضعف سنده وكنا والاخبار الخاصة اشكال التعدي الى مثله اذ المستفاد منها خصوص الزيادة العينية والحكمية الداخلية لعقد القروض الناشئه من عقدها الخارجي كما لا يخفى ذلك .

والظاهر من الروايات الواردة في عقد القرض ان الربح الوارد من ناحية عقد القرض يكون رباً محرماً وهذا مما لا اشكال فيه والمفروض في كلامنا ان البنك يكون عبارة عن وجود شركة تودع فيها الاموال النقدية وليس له الا هذا الشغل وهذا الشغل بعد ان كان استعداده لان يلبي حاجات المشتركين في هذه الشركة او غير المشتركين بان يقضي حاجاتهم المالية على حساب الربح المستفاد منهم فلا يكون للشركة الا ان امره يكون فائدة للشركة وهذه الفائدة انما تكون راجعة الى

. . . .

الشركاء المساهيمن في هذه الشركة ويكون الربح للشركاء لا اقل من بقاء هذه المؤسسة ولا يتصور غير ذلك من ان البنوك (المصارف) لا اشكال في انه لو اودع مال فيها لا يكون وديعة لانهم لا يعتبرون فيه احكام الوديعه ولا تكون اموال الناس فيه كل على حده حتى لا يختلط وانما ياخذون المال الموفر لديهم ويتصرفون فيه بالاختلاط القهري وكل من يريد النقد منهم فانما يوفرون له المال من دون تمييز وعلى هذا يكون التصرف قهرياً وهم مأذونون بهذا الاختلاط اذناً عاماً وعلى كوهن الاموال اموال الناس يكونوا شركاء في هذه الاموال وجعل هذه الشركة فقط لتلبية حوائج الناس لايفائهم بالنقد فهذه شركة اقيمت لهذا الغرض وبعد كونه قائما بهذه الاغراض فالتصرف بهذه الاموال يحتاج الى اذن الشركاء وهم غير ماذونين على حسب قواعد البنك الا ان يربحوا البنك بارباح مقدره حسب قواعد البنك فلا يكون الدين من هذه الشركة والمؤسسة الا تصرفاً في اموال الشركاء والتصرف في اموال الشركاء لا يكون صحيحاً الا باعطاء ربح لهم فلا يكون عقد قرض حتى يقال بان هذا ربح لعقد القرض بل هو تصرف في اموال الشركاء ولا بد من جلب رضاهم وجلبه لا يكون الا بهذا المعنى والربح ربح ولكن لا يكون قرضا بل يكون تصرفا باموال الناس حتى الذي ساهم فيه لا الشركة على مبنانا عبارة عن تداخل الملكيتين وتداخل الملكيتين يوجب ان يكون تصرف كل واحد من الشركاء من دون اذن باقي الشركاء حراماً فلا بد من جلب رضاهم ورضاهم لا يتحقق الا بالعمل بقواعد البنوك وليس من امر الدين اصلا حتى يتمسك بقواعده الخاصه به ولا يكون من الربا في شيء من ذلك وبهذه الاطروحه يمكن الجواب عن جميع الاشكالات الواردة في البنوك سواء كانت اهلية او حكوميه ومع كونها حكومية تكون الدولة مالكة لماله .

....

والدين الماخوذ من البنك وان عبر عنه بالدين الا انه تصرف في اموال الشركاء المخول للبنك التصرف فيها وتخويل البنك للتصرف فيها لا يمكن للبنك الا ان يعمل طبقاً لقوانينه والا فلا يتخول له ذلك وتخوله لا يكون الا باعطاء الربح لهم كما هو واضح من ناحية الشركه لا من ناحية الدين لانه تصرف في اموال الشركاء .

وعلى هذا فان وجود الاموال في البنك مع جواز تصرف المؤسسه في هذا المال يجب ان يكون المشتركين فيه بنحو الشركه الاشاعية ولا يكون من قبيل الذي تكون فيه هذه الاشاعة موجبة لاجبار المشتركين في التصرف في هذه المؤسسة الا برضا غير واحد من الشركاء ويكون امر جواز التصرف فيه بيد من له الامر بهذه المؤسسة وذلك لا غيره وهو البنك ولا بد من جلب رضاهم بما يريدون من دون اشكال وهذا النحو من الاشاعة يكون المال المجتمع في البنك على شكل شركة اشاعية ويكون النفع العائد للشركاء هو بقاء هذه المؤسسة على منوالها والمال الماخوذ من هذه يكون تصرفا لاموال الشركاء سواء كان التصرف لذي سهم في هذه المؤسسة او لم يكن سهم فيهاكما ذكرناه مفصلا والعجيب لمن اراد الخلاص من امر البنوك لم يتفطن لهذا الامر واراد الخروج منه بامور واهيه غير خالية عن الاشكال .

فان الشركة انما تتحقق بامور .

الاول : ان الشركة تارة تكون في الاعيان الخارجية كشركة الوارث فيما ورثهم المورث وهذا يكون من الشركة الحقيقية وهذه الشركة تكون من الشركات التي تتكون من شركاء للشركة الحقيقية والحكمية ويترتب عليها الاثار فلا يجوز تصرف كل واحد من هؤلاء الشركاء الا باذن الاخر على منوال سياتي ذكره .

....

الثاني: الشركة قد تكون في منفعة كما اذا استاجرا داراً شركة في عقد الاستيجار حيث انهما مشتركان في الانتفاع من هذه الدار وفيها يشتركان في المنافع ويترتب عليه جميع اثار الشركه من اجارته مشاعا او عدم الصلح للاجزاء الواقعية الممتازة واقعا اذا كان من قصدهما الاشتراك فيه .

واما اذا كان الخلط بين المالين من دون قصدهما الاشتراك فيه فقد مر الكلام فيه بل كان الكلام في المقام انه مع تراضيهما بالخلط وعدم تراضيهما بالشركه بل كان الخلط قهريا ففي حصول الشركه به على وجه يترتب عليه جميع احكامه من بيع نصفه او المقدار الذي يكون مشتركاً فيه مشاعا وكونه غير قابل للصلح للاجزاء الواقعية الممتازة واقعا او ان يترتب عليه بعض احكامها وتكون الشركة حكميه من التلف عليهما والربح بينهما حذرا من الترجيح بلا مرجح قلنا فيما تقدم ان ظاهر المشهور هو حصول الشركة وتترتب جميع اثار الشركة عليه فالاموال المودعة في البنوك وان كان اصحابها غير قاصدين للشركة ولكن اختلطت اموالهم واحدا بالاخر فتتحقق الشركة وان كانوا لم يقصدوا الشركة بل كانوا قاصدين لعدم الشركة ايضا فلو فرضنا كان ذلك شركة على رأي المشهور فتأمل كيف خفي على القوم عدم حكمهم بذلك .

واما على راي صاحب الجواهر فانه وان لم تكن الشركة الحقيقية متحققة الا ان آثار الشركة متحققة من ان الربح بينهما والتلف عليهما ولكن الاثار المختصة بالشركة الواقعية غير متحققة ولكن هذه الآثار لم تكن ذات اهمية في المورد .

اما بنحو الاشاعة فهو امر واضح لان الشركة الحقيقية انما تتحقق بنحو الاشاعة وتترتب على ذلك اثار الشركة الحقيقية اما الشركة بنحو الكلي في المعين فان المشهور انما يرون الشركة في قبال الكلي في المعين ويرون ان الكلي في

....

المعين يكون امراً في قبال الشركة .

لا لما قيل بان الامر في الكلي في المعين لا يكون شركه الا بالوصف وهو وصف المالكية والا فلا يكون اشاعة لان الامر في الكلي في المعين اذا لوحظ الصاع من الصبره يصح ما قيل ولو قلنا بان استثناء الصبرة من الصيعان كان عبارة عن الاشاعة .

ولا لما قيل من ان الشركة عبارة عن تداخل المملوك فان هذا مذهب يكون المشهور بيناً منه وانما كلماتهم تنادي بكون الشركة اشاعة في الملكية لا في المملوكية وانما قال بذلك صاحب الجواهر بهذا المعنى ومن الواضح ان قول صاحب الجواهر بهذا المعنى مع ورود الاشكالات المتقدمة عليه اوجب الخفاء لما قاله المشهور حتى لم يكن بين احد ولكن هذا الاشكال لا يوجب ان يكون الكلي خارجاً عن الشركة وانما الاشكال في تنافي الكلي مع الشركة ان في كل مورد من الكلي في المعين لا يكون التداخل في الملكيتين بل يكون التداخل في المملوكين والتداخل في المملوكين يكون اجنبيا عن الشركة لان المشهور كما قلنا يكون عندهم عبارة عن التداخل في الملكيتين واما التداخل في المملوكين كما ذهب اليه صاحب الجواهر الذي نفاه المحقق بانه شكون مباينا مع الشركه ولكن الاشاعة لا تكون منافيةً مع الكلي في المعين كما في استثناء الصاع من الصبره حيث يكون ذلك مشاعاً ولا يكون من الشركة في شيء فلا يكون الكلي في المعين داخلا في الشركة التي هي عبارة عن تداخل الملكيتين وكلما اريد دخوله فانما هو التداخل في المملوكين والتداخل في المملوكين وان كان يستقيم في استثناء الصاع من الارطال الا ان ذلك يجعله اجنبياً من الشركه التي هي عبارة عن تداخل السلطنتين بناء على ما يفهم من المشهور قدس اسرارهم .

. . . .

فلا يكون الكلي في المعين قسماً من اقسام الشركة اصلاً والكلي في المعين الذي تكون الاشاعة فيه مبينةً فايضاً لا يكون من الشركة في شيء نعم انما يصح على الشركة بمعنى تداخل الململوكين والمشهور بريئون من ذلك ويصح على مبنى صاحب الجواهر والماتن واما تداخل السلطنتين الذي بنى المشهور على كونه شركة فذلك وان كان على ما بناه المشهور الا انه لا يمكن ان يكون الكلي في المعين شركة واما الاشاعة فقد عرفت ان مبنى المشهور على كونها شركة فذلك هو ان التصرف فيها تصرفا لسلطة الشركاء لا انه دين والدين له مزايا خاصة تكون شرط الزيادة فيه .

وقد قال لي بعض الفضلاء دام ظلهم .

ان الشركة لما كانت آتية من قبل الوكيل الذي يدير شؤون هؤلاء الشركاء حيث ان مدير البنك يكون وكيلا للشركاء فانه يدين من يريد الاستدانه ويدينه وبعد اداء الدين له فما يؤخذ منه يكون ربحا للقرض وكلما جر القرض نفعا فهو ربا .

وهذا صحيح لو كان الدائن عبارة عن هؤلاء الشركاء الذي يعبر عنهم بالبنك ولكن المشهور لا يقولون بذلك لانه لما كان تجمع الشركاء المجتمع الذي اودعوا فيه العملات الصعبه وهذا المجتمع (المصرف) الذي قرروا اقامته لا يعارض من يريد المال فلا يكون جمع المال بعنوان القرض في البنك وانما يكون وديعه كما هو المفروض ولكن بشرط التصرف الماذون الى البنك والناس حيث يريدون الدين من هذه المؤسسة فالسلطة الموجودة في هذه الشركه لا تجوز التصرف فيه الا بعوض وحينئذ يستقيم الاشكال من بعض الاعاظم .

ان هذه المؤسسة اذا ارادت استدانة البعض فالفائدة التي تاخذها تكون ربا

. . . .

للقرض .

ولكن يمكن ان يقال ان عقد القرض لو كان جالباً للزيادة كان ذلك ربا واما اذا زاد الدين من الشركة فهل لمدير المؤسسة ان يتصرف في هذه الاموال باعطاء الدين بلا ربح للمقرض بحيث لا يعود النفع للمالك وهذا لا يجوز قطعاً لانه تصرف في المال بدون اذن الشركاء فلا يجوز ذلك واما اذا اراد التصرف بهذا المال مع وجود النفع فذلك امر يختص بالشركة ولا يجوز ان يتصرف احد في مال الشركاء الا برضاهم ولا يكون من عقد الدين ويستقيم ذلك حتى في ما اذا اراد الدين من الشركة فبشرط رضاهم عن مالهم من الاسهم فيه .

والحاصل ان في هذا المقام جهات لا بد من التوجه لها .

الاول: ان الاموال الموجودة في البنوك تكون ودائع متحركه يتصرف فيها المودع كيف ما اراد عند الحساب التحريري .

الثاني: يكون البنك ضامناً لهذا المال اصله وربحه على ما تقدم في المضاربه كما بيناه مفصلاً ولا ينافي شرط الضمان مع كون عقد الوديعه امانةً .

الثالث: ان بعد تحقق الايداع واختلاط الاموال تكون هناك شركة اشاعية بل ولو لم يختلط ايضا تكون شركة اشاعية بل بصرف الايداع في البنك تكون على شكل شركة اشاعية .

الرابع: تصرف المشتركين او غير المشتركين في هذا المال لا يمكن الا برضاء باقي الشركاء حتى في الاموال التي اودعوها في البنك لانه لا اشكال في ان المودع انما يودع شخصياً وايداع المال شخصياً يوجب ان المودع شخص المودع عام لان البنك انما افتتح لاجل الايداع فتكون الوديعة اولاً من قبل المودع شخصياً الا ان ايداعه للبنك اصبح امراً مشتركا بين الشركاء في هذه المؤسسه فمعناه انه

....

دخل ماله الى اموال الاخرين ونتيجة ذلك يقرر البنك ان من اراد الحساب الشخصي يمكن له التصرف في ذلك والا لم يكن للبنك التصرف في امواله المودعين والمفروض ان المودعين في البنوك قرروا الضمان للمودع اي البنك فقهراً تكون تصرفات البنك تضمن لهم رؤوس اموالهم .

وفي هذا المقام اذا اراد البنك اقراض احد من هذه المجموعه من الاموال الموجودة لديه بنحو الايداع هل يمكن له ام لا فان المودع لم يكن اذن في التصرف بجعله ديناً للغير لانه تصرف في المال المشترك ولم يكن ماذوناً لهذه التصرف واذنه في التصرف في هذه الاموال يشترط لان يودي ربحا لبقاء هذه المؤسسه فالربح لا يكون لجلب الربح للدين حتى يكون رباً بل يكون البنك رابحا لاموال المودعين من دون التفات المودعين لذلك وعليه يكون البنك وسيطا بان تودع الاموال في البنك والبنك بهذه الاموال ان كان له فيها سهم ام لم يكن له فيها سهم كان غير جائز التصرف في الاموال فيشترط في تنفيذ الدين للغير من هذه الاموال ان يكون له ربح لبقاء مؤسسته في التصرف في الاموال المشتركة فلا يكون الدين وعقده جالباً للربح بل الشركة جالبه للربح ولا يجوز الاستدانه من هذه الاموال المشتركة الا بما يقرره البنك من الارباح وكما فرضنا سابقا من ان الزيادة في عقد القرض ربا واما الرهن مثلاً على القرض فلا اشكال فيه وان كانت الرهانة موجبةً لصرف مقدار من المال في ذلك او جعله مؤمناً فان التامين على الدين يجوز ولو كان ذلك محتاجاً لصرف المال وكذلك في المقام فان التصرف في اموال الشركاء لمن كان وكيلاً عنهم يحتاج الى صرف المال وهو اجنبي عن عقد القرض لان عقد القرض لا يوجب الربح لان المال الذي اخذه سوف يرده من دون زيادة ونقيصه وانما المصرف (البنك) هو الذي يطلب الزيادة لكونه متصرفاً في الاموال

....

المشتركة ولا تعود الزيادة الى من اخذ من عمله المبلغ وبهذا ينتهي المطلب وبانتهاءه تنتهي كل المطالب السابقه لان كل البنوك (المصارف) اهليةً كانت او حكوميةً تكون مالكةً لما في يدها وبهذا كلما ياخذ البنك (المصرف) وان كان اهلياً لا ان تصرفاته المالية التي في البنك تكون تصرفاً في المال المشترك ويمكن له اخذ الربح على هذا التصرف وكل اعمال البنوك تكون صحيحةً شرعاً من دون اشكال والا فتمام المعاملات مع البنوك مورد اشكال كما هو واضح من هذا كله على مبنى المشهور والشركة الحكومية كما ذهب اليه صاحب الجواهر.

وبهذا تعرف ان الامور الراجعة للبنوك كلها من هذا القبيل والاحتياج الى ما صرنا تبعا للقوم من ان الديون الماخوذه بالكمبيالات تكون من جهة التامين الماخوذ من المقترض في التامين على قرضه بكل الامور الدارجه في البنوك تكون من هذا القبيل من جهة تصرف مدير المؤسسه في الاموال المشتركة ويكون له الاختيار المطلق في التصرف في هذه الاموال باي مقدار اراد ولا يمكن ان يجعل الفارق بين البنك اللاربوي والبنك الربوي فان المدير لهذه المؤسسه لا يتصرف بل ليس له حق التصرف في هذه الامولا الموجودة في رصيده بهذه التصرفات الا ان يكون ماذونا بالتصرفات الذي هو عبارة عن الاقراض والبنك بحكم قانونه يحكم بان التصرف في الاقراض من هذه المؤسسه لا يكون الا باخذ المال بازاء هذه التصرف ولا يكون الربح للمقرض وانما الربح للوسيط الذي ياخذ المال ويعطيه قرضاً وحينئذ لا يكون القرض جالباً للزيادة حتى يقال بان هيئة البنوك تقرض ويكون قرضه مشترطاً فيه الزسادة لان البنوك حكومية كانت او اهليه لا يمكن ان تتصرف في المال ولو كان راس ماله مختصاً به لان البنك يجب ان يكون مساهماً فيه ولو سهما قليلاً لان البنك كله لا يكون الا ان يسهمون فيه والسهم كذلك يرجع

. . . .

الى ان التصرف ولو كان مسهما فيه لا يجوز التصرف فيه الا ان اصحاب السهام يرخصون للمتصرف وذلك يكون مخلاً للبنك ان يجعل لنفسه امتيازاً لهذه التصرف بكل ما يريد لانه قد تحققت الشركه بهذه الصورة وكل واحد لا يمكن له التصرف الا بهذه المثابه ولا يمكن ان تكون الزيادة للقرض لان القرض هو ان ياخذ المال ويعطي نفس ما اخذ والهيئة او المؤسسة تاخذ الزيادة لتصرفه في هذه الشركه باعتبار التصرف في المال المشترك وهو خال عن الاشكال .

القول في موارد الشركة

(١) شركة الفقراء في الزكاة .

(٢) شركة السادات في الخمس .

(٣) شركة الموقوف عليهم .

الاول شركة الفقراء بل الاوصاف الثمانية في الزكاة فنقول :

اولاً هل ان الزكاة تتعلق بالعين بنحو الاشاعة .

او بنحو الكلي في المعين .

او تتعلق بالذمه الساذجه .

او هي مع التعلق بالعين بنحو تعلق حق الرهانة او بنحو تعلق حق الجناية .

وجوه لابد من ذكرها للاشكالات الواردة ممن لا خبرة له في هذا المقام من الطلبة .

المشهور نقلاً وتحصيلاً على ان تعلقها بالعين وهذا مسلم عند الفقهاء ولا يخفى على من راجع مظانه حيواناً كان او غلةً او اثماناً .

وهذا هو المستفاد من المذهب وهذا هو الذي يستفاد من الاخبار كما ستسمعه وان كان لا ثمرة مهمه تجنى في ذلك الا قبل بعد بؤس الفقه في الحوزان

....

العلمية لتراجع الشك في ذلك .

البحث في ان المستفاد من النصوص هل هو وجوب الزكاة في العين او في الذمة من جهه لوازم كل منهما اما مورد للنص معتبراً ومنجزاً او مورد اتفاق الاصحاب .

كتبعية الساعي للعين لو باعها المالك ولم يؤدي الزكاة .

وتلف الزكاه بتلف المال اذا كان بغير تفريط من المالك .

ومسألة الاتجار بالمال الزكوي من غير ان يعزلها المالك فلها قسطها من الربح كما نطقت به الادله وانه لا وضيعه عليها .

في مسألة وهكذا في مسئلة اداء القيمة وصحة بيع النصاب اذا ادى البايع زكاة المبيع .

الى غير ذلك من اللوازم التي بعضها مترتب على تعلقه بالعين .

وبعضها مترتب على تعلقه بالذمه وكل هذه اللوازم زيادة مما يقطع بها لكونها اما مورد للنص معتبر او انه المنجز بين الاصحاب او انه المتفق عليه بين الاصحاب فلا تكون في البين لوازم مشكوكه حتى يقع البحث عن متعلق او بالذمه ويبحث عن وجود الحجه على احدى المسالك ضرورة انه لامعنى حينئذ للتعبد بالظهور والحجه لعدم ترتب اثر عملي على مثل هذا بعد معلومية حكم هذه اللوازم بالنصوص والاجماع .

وكيف كان فان ظاهر بعض النصوص هو ما ذهب اليه المشهور من تعلقها بالعين كقول الصادق عليه السلام ان الله شرك ما بين الفقراء والاغنياء في اموالهم فليس لهم ان يصرفوا الى شركائهم حيث ان الظاهر هو الشركة التي لازمها عدم جواز التصرف فيها على غير وجه الدفع الى مستحقيها .

. . . .

وقوله عليه السلام في حسنة (بريد العجلي) او صحيحته فلا تدخل الا باذنه فان اكثره له فان ظاهر قوله عليه السلام فان اكثره له بل صريحه هو الشركه فمعنى كون قليله للمصدق اي الآخذ فلو لم تكن الزكاة تجب في عين المال لما كان وجه لمثل هذا التعليل لكون المناسب حيث التعليل بان المال له ومثله في الدلالة على الشركة على ابن حمزة عن الباقر عليه السلام عن الزكاة في موضع لا يمكنه ان يوديها قال عليه السلام اعزلها فان اتجرت بها فانت لها ضامن وان نويت في حال ما علتها من غير ان تستغلها في تجارةٍ فليس عليك شيء فان لم تعزلها فاتجرت بها في جمله مالك فلها قسطها من الربح ولا وضعه عليها حيث لها الدلالة على الشركة والا لا معنى لان يكون قسطها من الربح مع فرض كون المال بتمامه لصاحب المال وكانت الزكاة في ذمته بلا تعلق بالعين او مع تعلقها بالعين كتعلق حق الرهانة بارش الجناية.

ومثله في الدلالة ما ورد في الغلات مثل قوله عليه السلام فيما سقته السماء العشر بل ورد في النقدين كقوله عليه السلام في كل ماتين خمسة دراهم وفي كل اربعين درهم هذا .

ولكن ربما ينافي ذلك بعض الاحكام منها مسألة جواز اخراج الزكاة من غير العين كما هو ظاهر مقتضى النصوص والفتاوى ففي حسنة عبدالرحمن البصري عن ابي عبدالله عليه السلام قال قلت لرجل لم يزك ابله او شاته عامين فباعها على من اشتراها ان يزكها لما مضى قال عليه السلام نعم يؤخذ منه زكاتها ويتبع بها البايع او يؤدي زكاتها البايع حيث ان ظاهرها ان مايؤدي البايع هي الزكاة لا انه بدلها بل مقتضى الرواية هو صحة بيع النصاب غايته مع اداء البايع زكاة المبيع ومعلوم انه لا يناسب مع تعلقها بالعين بنحو الشركة على ما هو المشهور عليه كيف وعليه لا

....

يجب اداء البايع الزكاه في صحة البيع لكونه من قبيل بيع مال الغير ثم اشترائه منه .

ولو قيل بان الاداء يقوم مقام الاجازه فكما انه في صورة لحوق الاجازة من المالك يحكم بصحة البيع الوارد على ماله قبلها فكذلك في المقام يقال بان اللازم من ذلك رجوع حصه من الثمن اليه كما في موارد الفضولي مع انـه ليس كـذلك فيكون ذلك اعظم شاهدٍ على تعلق الزكاة بالذمة غايته بنحو حق باليمين كتعلق حق الارش بالجناية مثلاً اذ عليه لا يرد هذا المحذور وكان البيع صحيحاً عـلى حسب القواعد من كون بيع مـاله لا بـيع مـال الغـير ولا يـضر بـذلك مسألة اداء المشتري زكاه المبيع اذا لم يؤدها البايع ورجوعه على البايع فيما اداه فانه من لوازم تعلق الخاص لها بالعين وعدم كون تعلقها بمجرد الذمه الساذجه .

ومنها جواز اداء المقرض زكاة القرض واشتراط اخراج الزكاة على المشتري وغير ذلك كما وردت به النصوص ومنها مسأله كون النماء للمالك وعـدم كـونه ضامنا لمنفعتها كالصوف والنتاج كما يدل عليه نص عبدالرحمن المتقدم ذكره فيما اذا لم يزك ابله عاماً او عامين حيث كان عدم تعرض الامام عليه السلام في عدم استحقاق الفقراء للنماء يكشف من عدم استحقاق الفقراء لها اصلا .

ومنها النصوص الواردة في الزكاة المستحبة كزكاة ما عدى الغلات الاربع من المكيلات وزكاة مال اليتيم وزكاة مال التجارة حيث انه لا يتناسب مع تعلق الزكاة بالعين بنحو الشركة .

ومنها النصوص الواردة في الانعام كقوله في خمس من الابل شاه .

وقوله في كل خمسين حقه وفي كل اربعين بنت لبون ونحوها حيث انها لا تتناسب مع الظرفيه الحقيقيه خصوصاً بناء على القول بالاشاعه .

ولا يجديه دعوى ان المراد ان له في خمسه ابل مقدار نسبة الشاة اليها فكان

. . . .

المراد من ذكر الشاة ضبط الحصة المشاعة كما في الجواهر لضرورة اختلاف الشياه بحسب القيمة والماليه ولزوم معلوميه ما يملكه الفقير بنحو الاشاعة في المجموع وتعيين نسبتة باحدى الكسور فلا يفيد حينئذٍ التحديد بالشاة وهذا بخلاف ما لو قيل بتعلقها اي الزكاة بالذمه فانه لا يلزم محذور حيث كان في كل خمس من الابل شاة في ذمة المالك وهذه الشاة كلي له مصاديق متعدده فاي شاة اعطى فقد وفى بما يجب في ذمته ومنها غير ذلك من اللوازم التي يبتني تعلقها بالعين فلابد من التصرف حينئذٍ في احدى الطائفتين .

اما فيما دل على تعلق الزكاة بالعين فيحمل ما دل على شركة الفقراء في اموال الاغنياء على ان لهم الحق في مال الاغنياء وفي اموال الاغنياء نظير حق الرهانة وحق ارش الجناية وكذا يحمل ما دل على تتبع الساعي على ذلك وانه من جهة ذلك الحق لا من جهة الزكاة ويحمل عليه ايضا ما ورد في باب تلف النصاب حيث يسقط من حق الفقير ايضا بنسبة التالف وكذلك يحمل مادل على عدم دخوله المصدق في المال معللاً بقوله فان اكثره له على اكثره محضاً له في الملكية بخلاف الاقل من المال حيث انه لا يكون ملكاً خاصاً له بل كان له نحو اضافة الى الغير .

واما فيما دل على عدم تعلقها بالعين فيحمل ما دل على جواز اخراج الزكاة من غير النصاب على كونه من باب القيمة نظراً لكونه احدى مراتب العين ولربما يتصور ذلك في باب الضمان ايضاً .

وكذا يحمل عليه مادل على احتساب الدين من الزكاة .

واما مادل على اشتراط اخراج الزكاه على المشتري فيحمل على صوره ما اذا كان المشتري غير مخرج لها نظراً الى ان اقتضاء اليد للملكية .

....

واما ما دل على افادة اداء البايع زكاة المبيع في صحة بيع النصاب فلا ينافي ذلك لامكان ان تكون السلطنة على البيع او اصل الملكية منوطة بادائه ولو قلنا متاخراً.

هذا ولكن لا يخفى ان ما ذكرنا من الحمل في نصوص جواز اخراج الزكاة من غير النصاب ونصوص اشتراط الزكاة على المشتري وفيما دل على افاده البايع زكاة المبيع في صحة بيع النصاب وان كان بعيداً لمخالفته للظواهر الا ان التصرف في نصوص تعلق الزكاة بالعين كان ابعد خصوصاً في مثل قوله فلا تدخل الا باذنه فان اكثره له مع ان المستفاد من التعليل هو جواز الدخول في صورة كون تمام المال للمصدق الآخذ وهذا المعنى لا يناسب مع عدم تعلقها بالعين بنحوٍ لا يكون الفقير مالكاً فانه لو فرضنا ان تمام المال كان متعلقاً لحق الفقير فلا نجوز للمصدق الدخول الا باذن مالكه فنص ذلك شاهد على ماذهب اليه المشهور من تعلقها بالعين فلا بد من الاخذ بظاهر هذه النصوص والتصرف في تلك الطائفة الاخرى بنحو ما عرفت او بنحوٍ اخر لا ينافي تعلقها بنفس العين.

ثم انه لو اغمض عما ذكرنا وفرضنا عدم دلاله النصوص على تعلق الزكاة بعين المال بنحو الملكية فلا دلالة له فيها ايضاً على تعلقها بالذمة.

ضرورة انه ينافيها غير واحد من النصوص للطرفين كما دل على تتبع الساعي وما دل على سقوط حق الفقير اذا تلف النصاب بغير تفريط وما دل على اداء المشتري الزكاة ورجوعه على البايع وغير ذلك.

ولو قيل بانه ليس المراد تعلقها بالذمة الساذجه بل المراد تعلقها بها مع تعلق حق بالمال نظير تعلق حق الرهانة او حق ارش الجناية قلنا انه لا يحتاج حينئذٍ الى الالتزام بالذمة بل يكفي كونها مجرد تعلق حق بالمال كما يتصور ذلك بالنسبة

. . . .

الى الاب بالنسبة الى مال ولده وذهب البعض في هذا المقام الى انها مجرد حق في المال من دون ان يكون الفقير مالكا لشيء لا في العين ولا في الذمة الذي تنافيه النصوص .

ثم انه اذا بنينا على تعلقها بالعين كما عليه المشهور فهل هو بنحو الاشاعة .

او بنحو الكلي في المعين .

ظاهر بعض النصوص كقوله فيما سقته السماء العشر هو الاول .

فان الظاهر هو كون زيادة كل جزء جزءاً مما سقته السماء العشر .

وقوله عليه السلام ان الله شرك الفقراء في اموال الاغنياء .

فان الظاهر هو الشركة بنحو الاشاعة .

ومثله ما ورد من تتبع الساعي.

ومسألة تلف النصاب من سقوط حق الفقير بنسبة التالف .

وذلك عدم مناسبته مع الكلي في المعين فانه بناء على الكلي في المعين لا يسقط من حق الفقير شيء ما دام بقاء مقدار الزكاة .

وظاهر بعض النصوص الثاني كقوله في كل اربعين شاه شاه حيث ان في كل اربعين من الشياه هو طبيعة الشاة بنحو الكلي لا بنحو الاشاعة فانه عليها لابد وان يحمل بان في كل شاة حصة مشاعة مقدرة بمقابل مقدار من قيمة الشاة وتكون نسبتها اليها كنسبة قيمة الشاة الى مجموع اربعين شاة ومن المعلوم بعد هذا المعنى وعدم كونه يفهم كل واحد .

ومسألة قوله عليه السلام في كل خمس ابل شاة حيث انه وان كان ظاهراً في وجوب كلي الشاة في ذمة المكلف الا انه لا بد في صرفه عن ظاهره بقرينة ما تقدم مما يدل على تعلقها بالعين فيكون الاقرب هو الحمل على الكلي في المعين بعد

....

اراده الاشاعة وعدم فهمها منه الا بقرينة واضحة.

هذا كله مضافاً الى ما عرفت سابقاً من لزوم معلومية الحصة المشاعة باحدى الكسور حيث لا معنى لملكية حصه مشاعه مبهمه مشاعاً مع انه لا يكون كذلك في الانعام حتى في زكاة الغنم ضرورة اختلاف الشياه بحسب القيمة فرب شاة ولو ذات سنه تساوي قيمتها عشرة دراهمورب شاة تساوي قيمتها ثمانية دراهم وهكذا .

ودعوى تعين مرتبة خاصة من الطبيعه المشتراه بثمانية دراهم يدفعها لجواز الاقتصار على ماكانت قيمته دون ذلك كجواز اداء ماكان يساوي باعلى منه .

فهذا بخلاف الكلي حيث ان الفقير يملك من اربعين شاة شاة كلي قابلة للانطباق على كل شأه بمالها من الاختلاف ولا ضير فيه .

اللهم الا ان يقال بانه كما لا ضير في ملكية كلي الشاة بهذا النحو لا ضير في ملكيتها بنحو الاشاعة واما الاحتاج الى الضبط باحدى الكسور في غير المقام فانما هو من جهة رفع الضرر لا غير .

وبعد فان الظاهر من مثل قوله في كل اربعين شاه شاه هو الكلي وبعد الحمل لا بد من التصرف فيما ظاهره الاشاعة كمثل قوله فيما سقته السماء العشر وحمله على ارده واحد من العشر بنحو الكلي .

واما قوله ان الله شرك الفقراء في اموال الاغنياء فلا ينافي ذلك من جهة انه كما يناسب مع الاشاعة كذلك يناسب مع الكلي في المعين نعم الذي لا يناسب الكلي في المعين انما هو في مورد مسأله تلف الزكاة بتلف المال من غير تفريط ومسألة تتبع الساعي العين لو باعها المالك بناء على شموله لصورة تلف بعض المال وصورة بيع بعض العين والا فلا شهادة فيها على الاشاعه من مناسبتها مع

. . . .

الكلي في المعين ايضاً وهذا بخلاف ما اذا كانا شاملين لصوره تلف بعض المال وبيع بعضه كما لا يبعد ان يكون كذلك خصوصاً في مسألة التلف حيث انه لا يكون مناسباً مع الكلي من جهة انه بناء على الكلي لا يتلف من الزكاة شيء ما دام بقاء مقدار من الزكاة من المال كما هو الشان في كل مقام كان من هذا القبيل كمسأله بيع الصاع من الصبره حيث ان بنائهم فيها على عدم احتساب التالف من مال المشتري ما دام بقاء مقدار الصاع وانه لو تلفت جميع الصبره الا صاعاً واحداً يتعين الصاع الباقي للمشتري ويجب على المالك البايع اعطائه الى المشتري هذا .

ولكن يمكن ان يجاب بانه فرق واضح بين الطبيعه الصرفه المجرده عن الخصوصيات حتى من حيثيه السريان في ضمن الافراد ومن حيث التقيد بالوحده والطبيعه المتقيده بالوحده وان ما ذكرنا انما يصح في الاول دون الثاني وتوضيح ذلك .

هو ان للطبيعه اعتبارات مختلفه ربما يختلف حكمها باختلاف تلك الاعتبارات حيث انه تارة يعتبرها عاريةً عن جميع الحيثيات حتى حيثيه السريان او قيد الوحده .

واخرى يعتبرها مقيدةً بحيثيه السرسيان .

وثالثة مقيدةً بقيد الوحدة بشرط لا .

ورابعة مقيدة بلا شرط .

اما الاول منها كان فهو اوسع دائرة من الجميع من قابلية الانطباق والصدق على القليل والكثير وعلى جميع مراتب الكم وعلى هذا لو وقعت مثل هذه الطبيعة كان الامتثال متحققاً باتيان افراد كثيرة فوق الواحد كتحققه باتيانِ فردٍ واحدٍ .

....

واما الثاني فكانت دائرته اضيق من الاول لعدم قابلية الانطباق الاعلى الكثير.

واما الثالث والرابع فهما مشتركان من جهة ضيق الدائره وعدم قابلية الانطباق على مراتب الكم فوق الواحد الا ان الفرق هو ان الثالث لا ينطبق الا على الآحاد الا بنحو التبادل كما في مدلول النكرة غير ان الفرق هو انه في النكرة يتعلق الحكم بالخصوصيات بخلافه في الرابع حيث ان الحكم لايسري الى الخصوصيات وكانت الخوصيات خارجةً عن تعلق الحكم بحيث لو اتى بالفرد بقصد الخصوصية تشرع فيها واما على النكرة فيقع الامتثال بالخصوصية ويقع الشك في الشخص بخصوصيته الشخصيه مورد الامتثال.

واما الرابع فينطبق على الآحاد ويقع الامتثال باتيان عشر افراد وعشرين فرد فيكون من هذه الجهة صرف الطبيعة العارية عن الخصوصيات وان يفارقه من حيث عدم الانطباق باعتبار العشرين او العشر وغيرهما من مراتب الحكم وبعدما تقرر ذلك.

نقول ان المقام لو كان من القسم الاول كان الامر كما ذكر حيث انه باعتبار قابلية الانطباق على جميع مراتب الكم وقابلية الصدق على القليل والكثير كان الامر من الاول قابلاً للانطباق على جميع الافراد عرضياً فاذا فرض انه تلفت الافراد كلها الا واحد ينطبق على الموجود تلقائيا من جهة صدق الطبيعة على الموجود وعدم تلفه بتلف جميع الافراد من دون احتياج في تطبيقه على الموجود الى قصدِ قاصدٍ اصلاً.

واما لو بنينا على كونه من القسم الثالث فلا يتم ما ذكرناه من الطبيعة بعد تقييدها بالوحده بشرط لا فلا تبقى على تلك السعة من قابلية الانطباق على القليل

. . . .

والكثير انطباقاً عرضياً حيث انه لا يكون انطباقها على الافراد الا بنحو التبادل كما في مدلول النكره وفي مثله لو فرض تلف بعض الافراد لم يكن تطبيق الطبيعي على الموجود من الافراد قهرياً من جهة انه كما يصدق في بقاء الواحد بشرط على الموجود كذلك يصدق تلف الواحد بشرط فاذا كان نسبة الواحد بشرط لا على الموجود والتالف على حد سواء كان تطبيقه على الموجود دون التالف بلا ترجيح فلا بد من اجل بطلان الترجيح بلا مرجح من حساب التالف على الجميع ولازمه كما في الاشاعة السقوط من الزكاة بمقدار نسبة التالف الى الجميع فاذا كان النصاب اربعين شاة ثم تلف منها واحد يسقط من حق الفقير جزء من اربعين جزء من الشاه التي هي الفريضه ومن هذه الجهة قلنا في باب الخمس ايضاً كذلك حيث انهم يرونه من فبيل الاشاعه لترتب الاثر الذي هو مورد الاشاعه وقلنا بانه يمكن ان يكون كلي في المعين الا انه يترتب عليه اثار الاشاعه وكذلك في مبحث الرهن حيث ان الرهن لما كان الصحيح عندنا هو ان الراهن والمرتهن انما يتبادلان السلطنتين فالراهن يمكن له التصرف في اموله الا بمقدار ما بازاء الرهن على التفصيل الموجود في ابحاثنا ونتائج اخرى انما تترتب على هذا التوضيح ونقول في مسأله استثناء الارطال يكون التلف على البايع والمشتري فيما لو سلم المالك تمام الصبرة الى المشتري وقد تلف تمام الصبره الا مقدار الاستثناء الذي هو صاع او صاعين او ازيد ضروره ان تلف الصبره الا صاعاً او صاعين لا يوجب تعين المقدار الباقي للبايع ولا يقتضيه قضيه الاستثناء واذا لم يكن كذلك وكان نسبه مال البايع الى التالف والموجود على حد سواء ومقتضى ذلك قهراً ان يكون التالف عليهما نظراً الى بطلان الترجيح بلا مرجح .

واما في مسأله بيع الصاع من الصبره حيث نقول بانه لو تلف تمام الصبره الا

. . . .

صاعاً واحداً يتعين كون الصاع الباقي ملكاً للمشتري ومختصا به من جهة ان اقتضاء التلف يعين الباقي ملكاً للمشتري بان يكون المبيع هو صرف الطبيعه العاريه عن الخصوصيات والتقييدات بل المبيع فيها ايضا هو الطبيعة المقيدة بالوحدة وبشرط لا كما في مسألة استثناء الارطال ومسألتنا هذه وانما نقول فيها بتعين الباقي اي الصاع الباقي ملكاً للمشتري في صورة تلف الصبره بتمامها الا صاعاً مع تساوي الصاع المبيع الى التالف والموجود من جهه اقتضاء وجوب الوفاء بالعقد ، حيث ان موضوعه وهو العقد متحقق ، ومقتضى اطلاقه هو لزوم تطبيق المالك المبيع على الموجود من جهة اقتضاء الوجود الوفاء بالعقد ، واختياره وتسليمه الى المشتري ضرورة تمكنه وقدرته على الامتثال بتطبيق المبيع الكلي على الموجود ، فاذا كان متمكناً من ذلك يجب عليه بمقتضى اطلاقه وجوب الوفاء .

وانما لا نقول ذلك في مسالة استثناء الارطال مع وجود الخطاب برد مال الغير من اشتراطه بوجود مال الغير كنفس المطالبة بالوفاء في اشتراطه يتحقق العقد وعدم اشتراطه بتحصيل ما هو شرطه لقبحه عند العقلاء لا حفظه كما هو الحال في جميع التكاليف بالنسبة الى ماهو موضوعه فاذا لم يكن الوجود مقتضياً لحفظ موضوعه وقد تردد الموضوع الذي هو مال الغير بين التالف والباقي فلا محالة من حساب التالف عليهما نظراً الى قاعدة ترجيح بلا مرجح فاتضحت مسالة استثناء الارطال ومسألة بيع الصاع من الصبرة .

واتضح ان الزكاة تعلقت بالمال وان كان بنحو الاشاعة الا ان القول بالاشاعة لا ينافي كونه بنحو الكلي في المعين ، وان الكلي في المعين اذا كان بذلك النحو يكون مشاعا كما صار اليه المشهور على التفصيل المتقدم ، فاذا كان متعلق الزكاة

. . . .

بنحو الاشاعة فأيّ سيءٍ يكون الفقير مالكاً له فنقول :

ثم انه لابد وان يعلم ما الفريضة وما سبب تسميتها بالفريضة في عنوان المال الذي تجب فيه الزكاة بالفريضة ، مثل ان الفريضة في ضمن الابل شاة ، وفي ستة وعشرين منه بنت مخاض ، وهكذا ، وان الفريضة هل هي نفس هذه العناوين بمعنى ان ما وجب في المال من حق الفقراء هل هو نفس تلك العناوين او شيء اخر وان تسميتها بالفريضة بلحاظ اخر فنقول :

بناء على تعلق الزكاة بالذمة كما تقدم لا بالعين ، كما هو احد الوجوه المتقدمة ، فنفس تلك العناوين لما امكن اعتبارها في الذمة كانت متعلقة لحق الفقراء ، وتكون هي بنفسها فريضة اي مما افترضها الله في ذمة صاحب المال ملكاً للفقراء ، ويكون للامام او الساعي الحق في المطالبة بها ، غاية الامر ان المالك مخيرمع التمكن منها بين ادائها او اداء قيمتها ، كما انه مع عدم التمكن منها كان سلطان الساعي على ما جعله الشارع بدلا عنها دون غيرها ، ويكون المالك ايضاً مخيراً بين اداء البدل او القيمة .

واما بناءً على تعلق الزكاة بالعين سواء على القول بالاشاعة في النصاب او في الخارج او على الكلي في المعين ، فلا يمكن خمس ان يكون متعلق حتى الفقراء هو تلك العناوين من جهة عدم الشاة خارجاً في ضمن خمس ابل ولا تبيع او مسنة او غير ذلك من العناوين مشاعاً من النصاب او على نحو الكلي في المعين ، فلابد من ان نقول بان حق الفقير هو المالية المقدرة بهذه العناوين الموجودة في المال الخارجي على نحو الاشاعة او على نحو الكلي في المعين على ان يكون الفقير شريكاً مع المالك في المال ، كما يشهد له قولهم بانه لو تلف شيء من النصاب او جميع النصاب كان التلف من مال المالك والفقير معاً وانه يسقط من

....

حق الفقير بنسبة التالف من المجموع ، ويسقط حقه كله اذا تلف النصاب كله بعد الحول مع عدم تفريطه ، ومن ذلك يظهر بطلان الوجه الاول ، وهو تعلق الزكاة بالذمة ، ولازم ذلك هو ضمان المالك فيما لو تلف النصاب بعد حلول الحول ولو بلاتفريط منه ، مع انه خلاف ما بنوا عليه من عدم الضمان ، فكان نفس ذلك كاشفاً عن ان متعلق الزكاة بالعين لا بالذمة .

ثم انه بعد البناء على كون متعلق حق الفقير هو الماليه المقدرة بتلك العناوين بجعل من الشارع يقع الكلام فيما هو متعلق سلطنته بحيث يكون له حق مطالبته فنقول في تفسير ذلك :

الاول في سلطنة الساعي او الامام او الفقير امور :

اولها ان يكون متعلق سلطنة الساعي او الامام والفقير هو نفس ذلك الحق الثابت في العين بنحو الاشاعة او بنحو الكلي في المعين ، غايته ان الشارع جعل للمالك ان يؤدي بدل ما في العين من حق الفقير وجبراناً لتلك العناوين لورودها في الاخبار التي سميت بالفريضة في لسان الفقهاء او قيمتها السوقية ، ومع عدم التمكن من ادائها جعل له ان ياتي بابدالها الشرعية المذكورة في الرواية وقيمتها السوقية بان يكون اعطاء المالك تلك العناوين او القيمة او البدل في صورة عدم تلك العناوين من قبيل ذهاب الموضوع وسلطنة الفقير ، كما كان نظيره فيما اذا امر المولى باتيان السكنجبين لرفع عطشه فسقاه العبد ماءً بحيث كان ما اتى العبد به من الماء ليس مطلوباً للمولى ولم يكن ممتثلاً لامره الا انه لما كان يوجب رفع عطشه يسقط به الامر من جهة عدم بقاء المقتضي لاتيان السكنجبين بعد شرب الماء ، وما نحن فيه ايضاً كذلك حيث كان ما اتى به المالك موجباً لذهاب موضوع سلطنة الفقير لا من قبيل منع الغير عن السطلنة في حقه .

. . . .

ثانيها ان لا يكون للفقير او الساعي السلطنة على المطالبة بالحق الثابت في العين بل سلطنته اولا وبالذات انما هي على المطالبة بتلك العناوين مع وجودها عند المالك ، ومع عدم وجودها كان له السلطنة على ما جعله للشارع بدلاً عنها ومع عدم التمكن من البدل ايضا فله المطالبة بالقيمة السوقية على الترتيب ، غاية الامر ان المالك جعل له من قبل الشارع ان يدفع عين ماللفقير السلطنة عليه ، او بدله الواقعي وهو القيمة او بدله الشرعي مطلقاً مع عدم التمكن من تلك العناوين .

ثالثها ان يكون متعلق السلطنة هو الجامع بين تلك العناوين وبين البدل الشرعي وبين القيمة مع كون المالك مخيراً في اعطاء ايهما شاء .

رابعها ان يكون متعلق السلطنة الجامع بين تلك العناوين وبين القيمة السوقية ، ومع عدم التمكن من تلك العناوين يتعين الجامع بين الابدال الشرعية والقيمة السوقية .

هذا كله في مقام الثبوت .

واما بحسب مقام الاثبات فالظاهر هو اقتضاء عموم الناس مسلطون على اموالهم للوجه الاول من كون متعلق السلطنة للفقير او وليه هو عين المال ولا دليل على الوجوه الاخرى .

واما ما ورد من الادلة من انه في كل خمس ابلٍ شاة ، وفي ستة وعشرين بنت مخاض فلا دلالة فيها على ان الواجب اولاً وما متعلق سلطنة الفقير هو نفس تلك العناوين ، فان المراد هو تقدير ما في العين من الحق المالي بتلك العناوين وحينئذٍ فمقتضى عموم الناس مسلطون على اموالهم هو السلطنة على نفس الحق دون شيء آخر . هذا من ناحية الفقير او وليه .

واما اشتراك المستحقين للخمس فان قوله تبارك وتعالى واعلموا ان ما

. . . .

غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى فان اللام في قوله فان لله خمسه الى اخر الاية تقتضي الاختصاس واطلاق الاختصاص يتقضي الملكية ولكن الملكية المختصة لله غير الملكية الثابتة لله وللرسول وكذلك الملكية الثابتة للرسول غير الملكية الثابتة لذي القربى من ناحية الآثار ، والملكية الواجدة لله والرسول لها اثار خاصة تغاير الملكية الواجدة لذي القربى ، ورتبة الملكية متفاوتة ، ولا يمكن ان تكون اللام للمصرف ، لان كون اللام للمصرف معناه ان يكون مجازاً ، وما اوقعهم في هذا الاشكال هو عدم تصور المراتب في الملكية الثابتة لله تبارك وتعالى وملكية المراتب النازلة ، فان الخمس لله تبارك وتعالى برتبته ويكون لهذه الرتبة اثارها الخاصة ، ولا تكون تلك الاثار مترتبة على ملكية ذوي القربى لتلك الآثار ، ويكون لذوي القربى ايضاً ملكية ولا تكون تلك الآثار مترتبة على ملكية الله لهذه الاثار ، وذلك للاختلاف بين الملكيتين ولكل منهما اثارها الخاصة تترتب على كل منهما دون الآخر ، وتكون ملكية السادة كملكية الفقراء للزكاة والتفاصيل المتقدمة جارية في المقام ، وذلك لما تقدم على نحو الاشاعة كما مر .

ويكون ذووا القربى شركاء في الغنيمة بما قدمناه مفصلاً في الزكاة .

واما شركة الموقوف عليهم فنقول :

الاول : ما معنى الوقف ؟ فان الوقف عبارة عن تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة ، ومرجع التحبيس عند الاطلاق سلب جميع انحاء السلطنة عنه فانه وان كان يضاد جواز بيعه في بعض الموارد الا انه لا يوجب التضاد على الاصم ، لان جواز البيع انما يكون بعد سلب السلطنة عن الوقف فيكون كما يتوهم جواز البيع حين كونه وقفاً ، فقهرا لا يكون البيع وقفاً بمفاد كان الناقصة فلا تنافي في ان يكون

. . . .

حين الوقفية مسلوب السلطنة ولكن بمناط كونه وقفاً يوجب جواز ووجوب تبديله ، فيمكن ان تكون حقيقة الوقف عبارة عن فك جميع انحاء السلطنة على العين بتمامه مطلقاً ، فكان بهذا الجهة وقفاً ، وبعد صيرورته كذلك يكون لتلك الوقفية ملازمات ، وهذه الملازمات تكون موجبة لاثار خاصة في الرتبة المتاخرة عن الوقفية ، واما الوجوه الاخرى التي قال بها الاصحاب من تحبيس الماليه السارية في ابداله تارة واما في سخص العين فلا تحبيس من قبل المالك ابداً .

الوجه الاخر بدعوى عدم اخذ التحبيس في حقيقة الوقف اصلاً ، وانما هو من لوازمه واحكامه وان تفريعهم به من قبيل الرسم المشار اليه بلازمه .

وان التحبيس المزبور ماخوذ في بعض اطلاقاته المستفادة من اطلاق عقده في جميع المراتب .

او مع اخذه في الجملة او بلحاظ مقدار من الزمان او بلحاظ عدم طرو الطوارىء على العين ، وما دام قائماً بعينه كما هو المنصرف من دليل عدم جواز شرائه ايضاً ، ولكن من المعلوم ان الوقف بعد ان كان عبارة عن فك جميع انحاء السلطنات بحذافيرها فقهراً له اثار مترتبة عليه ، وهذه الآثار المترتبة عليه حفظاً للوقفية تكون متاخره عن الوقفيه ، وحينئذٍ يكون جواز بيعه وجميع التصرفات الواردة عليه في الرتبة المتقدمة كان وقفاً ، ولازم ذلك ترتب الآثار عليه هذا ومن الواضح ان نظر الوقفين لا يكون الى حيث المالية الموجودة في العين اصلاً لانه عند وقفه يرى الشيء بما له فائدة ويسبل منفعته .

وبعد ان عرفت ان حقيقة الوقف هي فك الملك نقول ان الوقف بعد ان صار وقفا بهذا الاعتبار لا يمكن ان يكون ملكاً للموقوف عليهم ، وحينئذٍ فان الاوقاف العامة خصوصاً المساجد لم تكن عند العرف ملك احدٍ ، وهكذا المرابط

. . . .

والخانات التي بنيت للمسافرين والقناطر والمدارس ، ومجرد اعتبارهم بعض مراتب الاضافة تكون هذه الاوقاف اعم من الملكية ، ولذا اشتهر في لسان كثير من المحققين بان الوقف في هذه المقامات مجرد فك ملك لا تمليك ، وحينئذٍ فينبغي ان يكون الامر كذلك في كل المقامات حذراً عن اختلاف كيفية الوقف وحقيقته .

ولكن يمكن ان يقال بان ان الملكية المزبورة وان لم تؤخذ في حقيقة الوقف اصلاً ولكن يمكن ان تكون من لوازم نقص في مراتب الفك وتسبيل الثمرات في ظرف فك الملك ، اذ العرف لا يعتبر ملكية العين بل ملكية المنفعة من اطلاق تسبيل ثمراته وتفويض امرها بجميع شؤونها اليهم ، وبهذه الملاحظة ايضاً ربما تختلف نتيجة الوقف من ملكية المنفعة تارةً وتمليك الانتفاع تارةً اخرى اذ هو ايضا من ناحية اختلاف مراتب تسبيلها وتسليطها لا من جهة الاختلاف في حقيقة الوقف ، بل لا تقتضي الا جعل الثمرة مصرفاً مخصوصاً ولو بدله كما في الوقف على الجهات وعلى هذا فيكون التسبيل للثمرة نقصا والملكية للموقوف عليهم ايضاً يكون النقص وارداً فيه ، وان كان اصل الوقف عبارة عن فك الملك والتسبيل ايضاً يكون كذلك ، وذلك كما ذكرناه في الاصول في الواجب التخييري الشرعي اذا طرء الامر على الطبيعة وهكذا التسبيل الوارد على الطبيعة ، فتكون الملكية بنحو الشركة موجودة ولكن بنحو النقص فيه فراجع فان التزاحم بين الوقف الذي هو عبارة عن فك الملك وكون الموقوف عليهم احدى الجهات العامة يوجب النقص فيى كلا الطرفين ، فيكون فك الملك والجهة العامة ايضا له شان من الشؤون كما يظهر عند التامل فان كان الموقوف عليهم مالكين للوقف لم يكن مجالاً لا ان يكون في بعض الموارد من الامور العامة التي يكون من شان الفقيه القيام بها فمن

. . . .

ذلك ان الواقف انما يبذل للموقوف عليهم وشان البذل فتارة بتمليك المنفعة وتارة اخرى بتمليك الانتفاع وتارة ثالثه غير ذلك ، فايضاً يكون بنحو من الملكية التي يكون فك ملك الشيء مقتضياً ان لا يكون مملوكاً وجعل الاختصاص للموقوف عليهم ، وذلك لا يكون الا بتفويض الواقف المطلق اليهم وحينئذٍ تارة يكون تصرفاً وتارة يملكونه وتارة يملكون الانتفاع به وتارة غير ذلك من الامور ، وما قيل عن بعض الاساتيد في المقام شاهداً على ايجابه الملك ، فيمكن ان لا يكون عن تدبر وتحقيق والحال كان عمله (قدس الله سره) على غير ذلك فقهراً تكون الجهة فيه مشتركة وتكون الشركة كما سبق للتلازم .

فان الشركة عقدية كانت او معاطاتية انما تصح في الاموال والاعيان فهنا جهات من البحث :

الاولى لو اشتركا في مال بالمعنى الذي تصورناه في كلام المشهور بان يتبادلا السلطنتين بحيث يتفق للشخصين او الاشخاص ان يشتركا في السلطنة المشتركة من دون امتزاج خارجاً كما هو المفروض فهل يصح مثل هذا فانه على مبنى المشهور الذين قالوا بان الشركة عبارة عن الاشتراك في الملكيتين والسلطنتين لا يحتاج الى فرض اعيان خارجية لتحقق الشركة بينهما وذلك لان الشركة تتحقق بالتباني بين الشريكين او الشركاء بكونهما شريكين في المال ، فهذا التباني يوجب الشركة ، ويترتب عليه اثاره من كون ما يحصلانه يكون مشتركاً بينهما .

الثانية تكون مورد كلام صاحب الجواهر بحيث ان الشركة العقدية عبارة عن اختلاط المالين بشرط تقدم العقد ، وهذا يصح ولا يكون شركة بالمعنى المشهور لانه يوجب ان يكون الشريكان مالكين لاحد الجزئين بنحو الابهام وهذا باطل كما

. . . .

سبق التذكير ، او الشركة بنحو الكلي في المعين مع ان المشهور كانوا قائلين بان الشركة بنحو الاشاعة في قبال الكلي في المعين .

والحاصل ان الشركة تتحقق على مبنى المشهور بدون المال ، وعلى مبنى صاحب الجواهر لا استحقاق الا مع الاعيان الخارجية ، ونتيجة المبنيين هي انه لو تلف المال المشترك من غير تعمد وتفريط كانت الشركة باقية ولكن على مبنى صاحى الجواهر وتبعه الماتن يكون العقد باطلاً لانتفاء الامتزاج بانتفاء الموضوع ، وهكذا لو تلف المال من كليهما كان العقد باقياً على مبنانا ، وهذا بخلاف مبنى صاحب الجواهر والماتن حيث ان بانتفاء المال ينتفي وهكذا ثمرات اخرى سياتي البحث عنها في الفروع التي يذكرها المصنف .

فان الممنوع هو شركة الابدان لا الاموال فان شركه الاموال لا تقتضي ان تكون عينا خارجيا وذلك لان ما صار اليه المشهور هو ان الاشتراك لابد ان يكون في السلطنة وهذه السلطنة لا تستلزم ان تكون على الاعيان الخارجية ، بل تقتضي كونهما شريكين ، ولكن بسلطنتهما لا بمالها ، وذلك من جهة ان السلطنة امر ذهني وان كان بالنتيجة يحصل الانطباق وان كان ذهنياً الا ان مرحلة التطبيق تكون في الخارج ومرحلة التطبيق تكفي في الاذهان على الشركة ، فان ذلك يؤدي الى ان يكونا مشتركين في الربح والخسران ولا يكون محتاجاً الى القسمة كما سيأتي التفصيل فيه ، فلا احتياج الى الاعيان كما صار اليه الماتن تعبداً برأي صاحب الجواهر قده ، ولكن يمكن ان يقال بان هذا يكون من شركة الوجوه وهي ان تكون شركة الافراد في اصل السلطنة ولا مال لهما على ان مابتاع كل منهما يكون بينهما ويشتريان ويؤديان الاثمان وما فضل يكون بينهما ، وفسرت شركة الوجوه بتفسير اخر ، ولكن الكل يكون تحت جامع واحد وعلى هذا فيكون بطلانه بهذا المعنى

....

على طبق القاعدة وذلك اذا لم تكن شركة عقدية واما الشركة العقدية او كانت لا معاطاتية لا فليس باطلاً ، فان الذي يعرف من هذا الشركة ان يكون الطرفان لا مال لهما ويعقدان الشركة ويبتاع كل واحد بوجهه شيئاً ، ويكون الاخر شريكاً فيه وكذلك الاخر يبتاع بوجهه شيئاً ويكون الاخر شريكاً فيه هذا ولو خلي وطبعة تكون هذه الشركة باطلة لان كلاً يملك المال الحاصل بوجهه ، وذلك لا يمكن ان يكون ما يبتاعه ملكاً للآخر ويكون شريكاً فيه ولكن الامر على غير ذلك فان انعقاد عقد الشركة بين شريكين اذا كان موجباً للاختيار التام لكل منهما في هذه الشركة ، تصح هذه الشركة العقدية بمعنى ان كل واحد من الشريكين او الشركاء يعطى الاختيار التام في ان يشتري بوجهه شيئاً ويجعل شريكه شريكاً فيه ، وهكذا الشريك الاخر يعطى الاختيار التام لان يشتري بوجهه شيئا ويجعل الشريك شريكاِ فيه ، فان لكل منهما الاختيار التام وعندئذ تتحقق الشركة العقدية وتصح هذه الشركة ، فهذا الاختيار التام يوجب ان لا يكون بيع كل واحد موجباً لدخول المال في ملك نفسه ومنه يخرج الى مال الشركة ، بل من اول الامر يكون موجباً لتحقق الشركة بسبب هذا الاختيار المطلق كالوكالة ويكون هذه النحو من الشركة امراً مشروعاً لانه شركة في الاموال لا في الوجوه ، وكل عقود الشركة تكون على هذا النحو من الاختيار التام لكل واحد من الشريكين بالنسبة الى الآخر ، ويمكن ان يكون بالشرط او غير ذلك وتصبح الشركة صحيحة حينئذٍ .

الثاني بعد ما عرفت في عقد الشركة لا بد ان يكون بينهما مال يعقد ان الشركة فيه ، ويمكن ان لا يكون بينهما مال ايضاً يعقدان الشركة فيه فتصل النوبة الى الديون ، فلو لم يكن للشركاء الا الدين بان اشتراك الشريكان في الديون الموجودة في ذمة الغير ، فان الديون وان كانت مما يعتبرها العقلاء ولكن

....

الاختلاف فيه من جهة ان المشهور يعتبر في الشركة ان تكون في العين الخارجية واختلاط المالين ، ومن هنا صار صاحب الجواهر الى انعقاد الشركة بهذا المعنى ولكن على مبنى المشهور يمكن الحكم بان الدين بعد ان كان مما يعتبره العقلاء نقداً في ذمة الدائن وكانت الشركة عبارة عن الاختلاط في السلطنة فلا بد وان يكون الدين ايضاً مما يوجب الشركة فيه ، وما قيل بانه بعد كون الامتزاج مشروطاً فيه فلا يمكن الامتزاج في الديون لعدم وجود العين حتى يتصور الامتزاج فلا يمكن وقوع الشركة لتعذر شرطة اقول ان هذا قابل للمناقشه ، وهكذا في المنافع ففي المنافع ينكرون صحة الشركة من جهة انها غير نقد فلا يتصور فيه الاختلاط ، فاذا لم يختلط كانت الشركة غير متصورة كما تصوره بعض الاساتيد .

ولكن الذي يقتضيه التحقيق انه لابد من بيان امور :

الاول كما ذكرنا في شرطية الاعيان فانه لما كانت الشركة على رأي المشهور عبارة عن تداخل السلطنتين ، وهذا لا يقتضي ان يكون عيناً خارجياً ، كما تقدم مفصلا.

الثاني في الديون فان العقلاء انما يعتبرون الدين في ذمة المدين بوصفه عيناً خارجياً ، وبعد خارجيته ليس له ما يوجب امتناع الشركة ، الا ان يكون عدم الاختلاط خارجاً ، وليس الاختلاط من مقومات الشركة حتى يكون عدمه موجباً لبطلان الشركة ، الا انه لما كان المقام في تحقق الشركة وليست الشركة كالمضاربة في كون الثمن المعطى من المالك لا بد وان يكون نقداً وحقيقة الشركة هي تداخل السلطنتين وذلك لا يقتضي ان يكون نقداً ، وبعد عدم كونه نقداً فعلى مبنى صاحب الجواهر من ان الشركةالعقدية عبارة عن اجراء العقد بشرط حصور الاختلاط كان هذا الشرط متعذراً ، الا انه على مبنى المشهور حيث ان الشركة

. . . .

عبارة عن تداخل الملكيتين وتداخل الملكيتين اعم من ان يكون نقداً ، فهنا وان كانوا يعتبرون الامتزاج الا ان الامتزاج انما يكون في مرحلة التطبيق فلا يكون دخيلاً في مرحلة انعقاد الشركة ، فتصح الشركة العقدية كما يظهر من كلماتهم .

واما الامتزاج فذلك يكون بعد خارجيته وبعد انعقاد الشركة ويكون من لوازمه لا دخيلاً في اصله ، وعلى هذا فلا يعتبر في الشركة كون المال نقداً فيصح في الديون لو كان الطرفان ديناً او كان احدهما ديناً والاخر نقداً ، كما هو الظاهر من المبنى الذي صار اليه المشهور .

الثالث الاشتراك في المنافع :

فان شركة المنافع تارة نتصور عاملين يشترطان ان يكون كل عمل صدر من كل واحد منهما يكون الاخر شريكاً فيه ، فذلك مما لا يلتزم به الاصحاب ، لان كلاً له اجرة عمله ، واما اذا كان كل واحد يعطي لصاحبه الإختيار التام في ان ما يحصل من العمل الذي يشتغل به وحق التصرف فيه بما يشاء ، ويجعله مورداً للشركة . فهذا يكون شركة في الابدان و الاموال ، اما الاول فان الادلة الاولية قائمة على ان كلاً يختص بعمله .

واما الثاني فان الاختيار التام الذي تلفظ به احد الشريكين للآخر يكفي في الحكم بتحقق الشركة فيما يحصلانه ، وبهذا لا يكون داخلاً في الاشتراك في الابدان والوجوه على القول ببطلانه .

وما قاله الماتن من انه لا تصح في المنافع ، بان كان لكل منهما دار مثلاً واوقعا العقد على ان يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلاً ، فان مال الشركة عبارة عن الدار التي كل منهما مالكين لها ، ويجعلان ذلك راس المال ، ويشتركان في المنافع الحاصلة من هذه الدار ، ومن الواضح ان الدار لو كانت لواحد مثلاً

....

وجعل الاخر شريكاً فيها بحيث اوقعا العقد على هذه الدار يكونا شريكين فيها فهل تصح هذه الشركة او لا تصح ؟

فان صحة هذه الشركة معناه ان من له الدار يكون شريكاً للاخر في ماله هو ، وهذا معناه ان يجعل مال عرضة لاسهام شريكه في شركته متساويين او غير متساويين في ذلك .

ومن الواضح ان هذا القسم من الشركه قد صرح الماتن بوروده وحكم بصحته ، واما لو كانا مالكين كل واحد منهما له دار تختص به ، وقال احدهما ان هذه الدار تكون انت شريكاً فيها ويقول الآخران هذا الدار التي املكها تكون انت شريكي فيها ، فيكون كل واحد منهما شريكاً في هاتين الدارين ، فيعطى كل منهما سهماً من داره للآخر ويكون هذا الاسهام لكل منهما شركة معوضة فتكون الشركة بمعنى الهبة المعوضة ، وتصح الشركة بهذا المعنى ولا تكون باطلة ، لا كلاً منهما وبهذه الشركة تختلط ملكيتهما على ما قاله المشهور من دون ايجاب للبطلان ، وتكون العمومات غير نافية لها ، ويمكن ان يقال بان نفس عقد الشركة يقتضي ذلك لان عقد الشركة بعد ايجابه بقولهما نحن شركاء في دارينا يوجب هذا الايجاب والقبول من الطرف الاخر ان يكون الاسهام للغير فيما يملكانه ، وبهذا الاسهام يكونان شريكين في راس المال الذي اشتركا فيه ، وهذا ليس فيه موجب لبطلانه كما صار اليه الماتن .

وما تمسك به الماتن من ان يتصالحا بينهما فان التصالح انما يكون في حالة كون كل منهما مالكين لاسهام الطرف الاخر ، وبهذا المعنى يكون نفس عقد الشركة متكفلاً بذلك ، فان الايجاب والقبول من الشريكين يقتضي ذلك ، وبعد اقتضاء نفس عقد الشركة ذلك فلا داعي للتمسك بالتصالح فاذا قالا اشتركنا في

. . . .

هذين الدارين على ان يكون نصف منافع الدارين لي ونصف المنفعة لك وقال الاخر قبلت فان هذا يوجب ان يكون شركة بلفظه ، وينتج منه هبة معوضة من دون ان يكون محتاجاً الى الصلح وغيره ويستلزم ذلك أن يكون اشتراكا في الملكية بين الطرفين من دون ان يحتاج الى غير ذلك ، وهذا لا يختص بالدار واما لو اشترى الدار كلاهما فذلك خارج عما نحن فيه ، ويكون من باب الشركة في الاعمال .

واما لو كانا عاملين في عمل كانا يقومان به واعطيا اجرتهما باجرة واحدة فايضاً لا يكون من شركة الوجوه بل يكون من الشركة في الاموال ،كما اذا حازا شيئاً فانه ايضاًيكون شركة في الاعمال كما لا يخفى وهذه الامور نبهنا عليها لئلا يشتبه الامر على ذوي النفوس العالية .

والامر العجيب اشكال بعض الاساتذة بان الشركة حيث يعتبر فيها الامتزاج وهو لا يمكن في المقام ، واما لمصالحة لعدم اعتبار الامتزاج فيكون في المقام متصوراً .

وهذا يكون لقلة التدبر لانه في كل الامور يكون الامتزاج متصورا في السلطنة والملكية واما العين الخارجية فلا تكون مورداً في الشركة حتى يستدل على عدم امكانه ، لاختلاط متصور في المقام وتكون الشركة متصورة فيه كما لا يخفى والصلح كما قرر الفقهاء انما يكون في كل مورد وقع فيه نزاع يكون نتيجة هي النتيجة الذي اوقع الصلح لاجله ، فلابد وان يكون الصلح في المورد نتيجته نتيجة الشركة ، وبعد بطلان الشركة لعدم وجود الخلط الخارجي كما يقولون لابد وان يكون الصلح الوارد مورده ايضاً باطلاً .

ولكن الامر غير ما ذكر وان الاختلاط الموجود في المقام هو (الاختلاط في

. . . .

الملكين لا المملوكين) (ويكون عبارة عن الشركة) كما عرفت فلا احتياج الى الاختلاط الخارجي وانما يكون الاختلاط بين السلطنتين وهذا الاختلاط تارة يوجب الاختلاط الخارجي ، وتارة لا يكون موجبا للاختلاط الخارجي ويكون عقد الشركة صحيحاً ولهذا قلنا بان قضية البنوك الموجودة في المقام يكون نفس اختلاط الاموال موجباً للشركة اي الاختلاط في الاموال ، وان كانوا قاصدين لعدمه ويكون مدير البنك مخولاً في التصرف في هذه الاموال فياخذ من هذه الاموال التي تكون في يده بعنوان الودائع ، ويقرض وياخذ الربح او يعطي الربح وعمله هذا جائز ولو كان بعنوان الدين والربح على الدين ، حيث لا يكون ذلك من القرض الربوي لان المقرض لا يكون الربح واصلاً اليه وانما يكون المدير حيث انه له الاختيار التام في التصرف في هذه الاموال فيتجر بها ، وتجارته ان يعطي المال الموجود في يده للناس ويستربح من هذا المال من دون ان يكون ذلك ربا كما هو الظاهر عند التدبر .

وكذلك خصم الكمبيالات فان البنك بعد ان كان ماذوناً في التصرف في هذه الاموال فان التصرف الموجود في البنك انما هو التصرف بانحاء التصرفات الموجودة في هذه الاموال المشاعة ، وهذا التصرف لا يكون الا بالاتجار بما يريد البنك الاتجار به ومنها خصم الكمبيالات باي طريق كان يريد البنك خصمه من دون ايجابه للربا لانه لا يكون داخلا في اموال من اخذ منه المال وانما يكون داخلاً في كيس البنك ولا يكون ربا محرماً ، وبهذا لا تكون البنوك اصلاً ربوية ولا يكون الربا جارياً في هذه الموارد كما توهم ، ولا يحتاج الى تكلف كما عن بعض المعاصرين (قده) من تصوير البنك الربوي بتكلفات مزعجة ويرجع التكلفات الى جهات لا يلتزم بها الاصحاب .

(مسألة ١): لا تصح الشركة العقدية الا في الاموال بل الاعيان ، فلا تصح فى الديون فلو كان لكل منهما دين على شخص فاوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح (١)

---

(١) فان الشركة عقدية كانت أو معاطاتية انما تصح في الاموال والاعيان فهنا جهات من البحث :

الاولى : لو اشتركا في مال بالمعنى الذي تصورناه في كلام المشهور بان يتبادلا السلطنتين بحيث يتفق للشخصين أو الاشخاص ان يشتركا في السلطنة المشتركة من دون امتزاج خارجاً كما هو المفروض ، فهل يصح مثل هذا؟ فان على مبني المشهور الذين قالوا بان الشركة عبارة عن الاشتراك في الملكيتين والسلطنتين لا يحتاج الى فرض اعيان خارجية لتحقق الشركة بينهما وذلك لان الشركة تتحقق بالتباني بين الشريكين أو الشركاء بكونهما شريكين في المال ، فهذا التباني يوجب الشركة ، ويترتب عليه آثاره من كون ما يحصّلانه يكون مشتركاً بينهما والربح والخسارة يكونان مورد توافقهما.

الثانية : يكون مورد كلام صاحب الجواهر في حيث ان الشركة العقدية عبارة عن اختلاط المالين بشرط تقدم العقد ، وهذا يصح ولا يكون شركة بالمعنى المشهور لانه يوجب ان يكون الشريكان مالكين لاحد الجزئين بنحو الابهام وهذا باطل كما أشرنا اليه ، أو الشركة بنحو الكلي في المعين مع ان المشهور كانوا قائلين بان الشركة بنحو الاشاعة في قبال الكلي في المعين.

والحاصل ان الشركة تتحقق على مبني المشهور بدون المال ، وعلى مبني صاحب الجواهر لا استحقاق الا مع الاعيان الخارجية ، ونتيجة المبنيين هو انه لو تلف المال المشترك من غير تعمد وتفريط كانت الشركة باقية ولكن على مبني صاحب الجواهر وتبعه الماتن يكون العقد باطلاً لانتفاء الامتزاج بانتفاء الموضوع ،

....

وهكذا لو تلف المال من كليهما كان العقد باقياً على مبنانا ، وهذا بخلاف مبني صاحب الجواهر والماتن فانه بأنتفاء المال ينتفي العقد وهكذا. هناك ثمرات اخرى سيأتي البحث عنها في الفروع التي يذكرها المصنف .

فان الممنوع هو شركة الابدان لا الاموال فان شركة الاموال لا تقتضي ان يكون عينا خارجياً وذلك من جهة ان ما صار اليه المشهور هو ان الاشتراك لابد وان يكون في السلطنة وهذه السلطنة لا تستلزم ان تكون على الاعيان الخارجية ، بل تقتضي كونهما شريكين، ولكن بسلطنتهما لا بما لهما ، وذلك من جهة ان السلطنة امر ذهني وان كان بالنتيجة يحصل الانطباق الا ان مرحلة التطبيق تكون في الخارج ومرحلة التطبيق تكفي في الاذعان على الشركة ، فان ذلك يؤدي الى ان يكونا مشتركين في الربح والخسارة ولا يكون محتاجاً الى القسمة كما سيأتي مفصلاً ، فلا احتياج الى الاعيان كما صار اليه الماتن تعبداً برأي صاحب الجواهر (قده) ، ولكن يمكن ان يقال بان هذا يكون من شركة الوجوه وعرف شركة الوجوه : بان تكون شركة الافراد في اصل السلطنة لا مال لهما بعقد لفظي ولا مال لهما على ان ما ابتاع كل منهما يكون تحت جامع واحد فيكون بطلانه بهذا المعنى على طبق القاعدة وذلك انها لم تكن الشركة عقدية ، واما الشركة العقدية أو المعاطاتية فلا تكون باطّلة لا فليس باطلاً فان الذي يعرف من هذه الشركة ان يكون الطرفان لا مال لهما ويعقدان الشركة ويبتاع كل واحد بوجهه شيئاً ، ويكون الآخر شريكا فيه وكذلك الاخر بوجهه شيئاً ويكون الاخر شريكاً فيه هذا لو خلي وطبعة فتكون هذه الشركة باطلة لان كلاهما يملك المال الحاصل بوجهه ، وذلك لا يمكن ان يكون ما يبتاعه ملكاً للاخر ويكون شريكاً فيه ولكن الامر على غير ذلك فان انعقاد الشركة بين شريكين اذا كان موجباً للاختيار التام يكون لكل منهما في هذه الشركة ، فتصح هذه

. . . .

الشركة العقدية بمعنى أن كل واحد من الشريكين أو الشركاء يعطي الاختيار التام في ان يشتري بوجهه شيئاً ويجعل شريكه شريكاً فيه ، وهكذا الشريك الاخر يعطي الاختيار التام بان يشتري بوجهه شيئاً ويجعل الشريك شريكاً فيه ، فان لكل منهما الاختيار التام ، وعندئذٍ تتحقق الشركة العقدية وتصح هذه الشركة ، فهذا الاختيار التام يوجب ان لا يكون بيع كل واحد موجباً لدخول المال في ملك نفسه ومنه يخرج الى مال الشركة ، بل من اول الامر يكون موجباً لتحقق الشراء بسبب هذا الاختيار المطلق كالوكالة ، كان المال اولاً وبالذات داخل في مال الشركة ، ويكون هذا النحو من الشركة امراً مشروعاً لان الشركة في الاموال لا في الوجوه ، وكل عقود الشركة تكون على هذا النحو من الاختيار التام لكل واحد من الشريكين بالنسبة الى الاخر ، ويمكن ان يكون بالشرط أو غير ذلك وتصبح الشركة صحيحة حينئذٍ .

الثالثة : بعد ما عرفت ان عقد الشركة لا بد من ان يكون بينهما مال يعقدان الشركة فيه ، ويمكن ان لا يكون بينهما مال ايضاً يشتركا الشركة فيه فتصل النوبة الى الديون ، فلو لم يكن للشركاء الا الدين بان اشترك الشريكان في الديون الموجودة في ذمة الغير ، فان الديون وان كانت مما يعتبرها العقلاء ولكن الاختلاف فيه من جهة ان المشهور في الشركة يعتبر عيناً خارجياً واختلاط المالين ، ومن هنا صار صاحب الجواهر الى انعقاد الشركة بهذا المعنى ولكن على مبنى المشهور يمكن الحكم بان الدين بعد ان كان مما يعتبره العقلاء نقداً في ذمة الدائن وكانت الشركة عبارة عن الاختلاط في السلطنة فلابد ان يكون الدين ايضاً مما يوجب الشركة فيه ، وما قيل بانه بعد كون الامتزاج مشروطاً فيه فلا يمكن الامتزاج في الديون لعدم وجود العين حتى يتصور الامتزاج فلا يمكن الشركة

وكذا لا تصح في المنافع ، بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلاً[(١)]

لتعذر شرطه .

اقول ان هذا قابل للمناقصة ، وهكذا في المنافع ففى المنافع ينكرون صحة الشركة من جهة انه غير نقد فلا يتصور فيه الاختلاط ، فاذا لم يختلط كانت الشركة غير متصورة كما تصوره بعض الاساتذة.

(١) الذي يقتضيه التحقيق أنه لابد من بيان امور :

الاول : كما ذكرنا في شرطية الاعيان فانه لما كانت الشركة على راي المشهور عبارة عن تداخل السلطنتين ، وهذا لا يقتضى ان يكون عيناً خارجياً ، فاذا تحققت الشركة بوجود العين الخارجية فلا شرطية لكونه من الاعيان الخارجية كما تقدم مفصلاً.

الثاني : في الديون فان العقلاء انما يعتبرون الدين في ذمة المدين بوصفه عيناً خارجية ، وبعد خارجيته ليس له ما يوجب امتناع الشركة ، الا ان يكون عدم الاختلاط خارجاً ، وليس الاختلاط من مقومات الشركة حتى يكون عدمه موجباً لبطلان الشركه الا انه لما كان المقام في تحقق الشركة وليست كون الشركة كالمضاربة في كون الثمن المعطى من المالك لابد وان يكون نقداً وحقيقة الشركة هي تداخل السلطنتين وهذا لا يقتضي ان يكون نقداً ، وبعد عدم كونه نقداً فعلى مبني صاحب الجواهر من ان الشركة العقدية عبارة عن إجراء العقد بشرط حصول الاختلاط كان هذا الشرط متعذراً ، الا انه على مبني المشهور حيث ان الشركة عبارة عن تداخل الملكيتين وتداخل الملكيتين اعم من ان يكون نقداً ، فهنا وان كانوا يعتبرون الامتزاج انما يكون في مرحلة التطبيق فلا يكون دخيلاً في مرحلة انعقاد الشركة ، فتصح الشركة العقدية كما يظهر من كلماتهم.

. . . .

واما لامتزاج فذلك يكون بعد خارجيته وبعد انعقاد الشركة ويكون من لوازمه لادخيلا في اصله ، وعلى هذا فلا يعتبر في الشركة كون المال نقداً ، فيصح في الديون لو كان الطرفان ديناً او كان احدهما ديناً والاخرُ نقداً ، كما هو الظاهر من المبني الذي صار اليه المشهور.

الثالث : الاشتراك في المنافع :

فان شركة المنافع تارة يتصور أن يكونا عاملين يشترطان ان يكون كل عمل صدر من كل واحد منهما يكون الاخر شريكا فيه ، فذلك مما لا يلتزم به الا صاحب ، لان كلاً له اجرة عمله ، واما اذا كان كل واحد يعطي لصاحبه الاختيار التام في ان مايحصل من العمل الذي يشتغل به حق التصرف فيه بما يشاء ، ويجعله مورداً الشركة . فهذا يكون شركة في الابدان لا في الاموال ، لان الاول كانت الادلة الاولية قائمة على ان كلاً يختص بعمله . واما الثاني فان الاختيار التام الذي تلفظ به احد الشريكين للاخر يكفي في الحكم تتحقق الشركة فيما يحصلانه ، وبهذا لا يكون داخلاً في الاشتراك في الابدان والوجوه على القول ببطلانه .

وما قاله الماتن من انه لا تصح في المنافع ، بان كان لكل منهما دار مثلاً واوقعا العقد على ان يكون منفعة كل منهما بالنصف بينهما مثلاً ، فان مال الشركة عبارة عن الدار التي كل منهما مالكين لها ، ويجعلان ذلك راس المال ، ويشتركان في المنافع الحاصلة من هذه الدار ، ومن الواضح ان الدار لو كانت لواحد مثلاً وجعل الآخر شريكا فيها بحيث اوقعا العقد على هذه الدار بان يكونا شريكين فيها فهل تصح هذه الشركة أو لا تصح ؟

فان صحة هذه الشركة معناه ان من له الدار يكون شريكا للآخر في ماله هو ،

....

وهذا معناه ان يجعل ماله عرضة لاسهام شريكه في شركته متساويين أو غير متساويين في ذلك.

ومن الواضح ان هذا القسم من الشركة قد صرح الماتن بوروده وحكم بصحته، هذا في اسهام شريك واحد لا اسهام الشريك الآخر واما لو كانا مالكين كل واحد منهما له دار تختص به، وقال احدهما ان هذه الدار تكون انت شريكاً فيها ويقول الآخر ان هذه الدار التي املكها تكون انت شريكي فيها، فيكون كل واحد منهما شريكاً في هاتين الدارين، فيعطي كل واحد منهما سهماً من داره للاخر ويكون هذا الاسهام لكل منهما شركة معوضة فتكون الشركة بمعنى الهبة المعوضة، وتصح الشركه بهذا المعنى ولا تكون باطلة، بهذه الشركه تختلط ملكيتهما على ما قاله المشهور من دون ايجاب للبطلان، وتكون العمومات غير نافية لها، ويمكن ان يقال بأن نفس عقد الشركة يقتضي ذلك لان عقد الشركة بعد ايجابه بقولهما نحن شركاء في دارينا يوجب هذا الايجاب والقبول من الطرف الآخر ان تكون الاسهام للغير فيما يملكانه، وبهذا الاسهام يكونان شريكين في راس المال الذي اشتركا فيه، وهذا ليس فيه موجب لبطلانه كما صار اليه الماتن.

وما تمسك به الماتن من ان يتصالح بينهما فان التصالح انما يكون في حالة كون كل منهما مالكين لاسهام الطرف الآخر، وبهذا المعنى يكون نفس عقد الشركة متكفلاً بذلك، فان الايجاب والقبول من الشريكين يقتضي ذلك، وبعد اقتضاء نفس عقد الشركة ذلك فلا داعي للتمسك بالتصالح فاذا قالا اشتركنا في هذين الدارين على ان يكون نصف منافع الدارين لي ونصف منفعة الدار لك وقال الآخر قبلت فان هذا يوجب ان يكون شركة بلفظه، وينتج منه هبة معوضة من دون ان يكون محتاجاً الى الصلح وغيره ويستلزم ذلك ان يكون اشتراكاً في الملكية بين

ولو ارادا ذلك صالح احدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر ، أو صالح نصف منفعة داره بدينار مثلاً وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار [1]

الطرفين من دون ان يحتاج الى غير ذلك ، وهذا لا يختص بالدار واما لو اشترى الدار كلاهما فذلك خارج عما نحن فيه ، ويكون من باب الشركة في الاعمال .

واما لو كانا عاملين في عمل كانا يقومان به واعطيا اجرتهما باجرة واحدة فايضاً لا يكون من شركة الوجوه بل تكون من الشركة في الاموال ، كما اذا حازا شيئاً فانه ايضاً تكون شركة في الاعمال كما لا يخفى وهذه الامور نبهنا عليها لئلا يشتبه الامر على ذوي النفوس العالية .

(١) والامر العجيب اشكال بعض الاساتذة بان الشركة حيث انه يعتبر فيه الامتزاج وهو لا يمكن في المقام ، واما المصالحة لعدم اعتبار الامتزاج فيكون في المقام متصوراً .

وهذا يكون لقلة التدبر لانه في كل الامور يكون الامتزاج متصوراً في السلطنة والملكية واما العين الخارجي لا يكون مورداً له في الشركة حتى يستدل على عدم امكانه ، لان الإختلاط متصور في المقام وتكون الشركة متصورة فيه كما لا يخفى والصلح كما قرر الفقهاء انما يكون في كل مورد وقع فيه وتكون نتيجته هي النتيجة التي وقع الصلح لاجله ، فلا بد وان يكون الصلح في المورد نتيجته نتيجة الشركة ، وبعد بطلان الشركة لعدم وجود الخلط الخارجي كما يقولون لا بد وان يكون الصلح الوارد مورده ايضاً باطلاً .

ولكن الامر غير ما ذكر وان الاختلاط الموجود في المقام هو الاختلاط في الملكين لا المملوكين ويكون عبارة عن الشركة كما عرفت فلا احتياج الى الاختلاط الخارجي وانما يكون الاختلاط بين السلطنتين وهاتين السلطنتين تارة

وكذا لا تصح شركة الاعمال وتسمى شركة الابدان أيضاً وهي ان يوقعا العقد على أن يكون أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما ، سواء

توجب الاختلاط الخارجي ، وتارة لا يكون موجباً للاختلاط الخارجي ويكون عقد الشركة صحيحاً ، ولهذا قلنا بان قضية البنوك الموجودة في المقام يكون نفس اختلاط الاموال موجباً للشركة اي الاختلاط في الاموال ، وان كانوا قاصدين لعدمه يكون مدير البنك مخولاً في التصرف في هذه الاموال فياخذ من هذه الاموال التي تكون في يده بعنوان الودائع ، ويقرض وياخذ الربح أو يعطي الربح فيكون جائزاً ولو كان بعنوان الدين والربح على الدين ، حيث لا يكون ذلك من القرض الربوي لان المقرض لا يكون الربح واصلاً اليه وانما يكون المدير حيث انه له الاختيار التام في التصرف في هذه الاموال فيتجربها ، وتجارته ان يعطي المال الموجود في يده للناس ويستربح من هذا المال من دون ان يكون ذلك كما هو الظاهر عند التدبر.

وكذلك خصم الكمپيالات فان البنك بعد ان كان مأذوناً باذن عام في التصرف في هذه الاموال فان التصرف الموجود في البنك انما هو التصرف بانحاء التصرفات الموجودة في هذه الاموال المشاعة ، وهذا التصرف لا يكون الا بالاتجار لما يريد البنك الا تجار فيه ومنها خصم الكمپيالات باي طريق كان يريد البنك خصمه من دون ايجابه للربا لان الزائد لا يكون داخلاً في اموال من اخذ منه المال وانما يكون داخلاً في كيس البنك ولا يكون ربا محرماً حتى تكون الزيادة داخلة في من خرج من عنده المال ، وبهذا لا تكون البنوك اصلاً ربوية ولا يكون الربا جارياً في هذه الموارد كما توهم ، ولا يحتاج الى تكلف كما عن بعض المعاصرين (قده) من تصوير البنك الربوي بتكلفات مزعجة ويرجع التكلفات الى جهات لا يلتزم بها الاصحاب .

اتفق عملهما كالخياطة مثلاً ، أو كان على احدهما الخياطة والآخر النساجة وسواء كان ذلك في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما . ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر ، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر ايضاً نصف منفعته بذلك العوض(١).

---

(١) لا تصح شركة الاعمال هنا مقدمة بغير بيان ثم اخذ النتائج الواردة عليها في ضمن الفروع المترتبة عليه .

اما المقدمة فان كل عقد أو ايقاع أو الا حسن كل جملة أو كل لفظ يكون له في الدلالة اللفظية مدلول عليه اولاً وبالذات عند العقلاء ، بحيث تكون هذه اللفظة أو الجملة تدل على هذا الامر ، ودلالته على هذا الامر تكون امراً طبيعياً يعتني به ويحكمون بالاقرار بذلك للفظ لو كان ثمة اقرار ، وهذا مما لا اشكال فيه والامر الذي يحكم به العقلاء على هذا النحو مورد عناية اللفظ قطعاً .

والعقلاء عند تلقي الكلام يحكمون ـ على النحو السابق ـ بالدلالة المطابقية بل ن مما يراه العقلاء حاكمين بالدلالة المطابقية ، وبالاضافة الى ذلك فان العقلاء كثيراً ما يتلقون الكلام من المتكلم فينتزعون ما يرونه زائد عنه لوازم من هذا الكلام ، وهذه اللوازم تكون مورداً عناية العقلاء ويرون لهذا الكلام ملازمات وياخذون تلك الملازمات ويرون ان هذه الملازمات مورد عتناء العقلاء من حيث اقرار العقلاء بهذه الملازمات مورد اعتناء المتكلم لحاق كلامه وقد مر في هذه الجهة من اول كتاب المضاربة وكتاب الشركة فان العقلاء يعبرون عن ذلك بالدلالة الالتزامية بنحو من الانحاء وفي المقام يكون الامر على مراحل :

اولاً : ان الشركة في الابدان غير صحيحة كما في العامل اذا استأجر على

....

شيء تكون الاجرة خاصة به ، ولا يمكن ان يكون الغير مالكاً لها ، ونفس هذا المعنى أوجب ان تكون الادلة الاولية دالة على اختصاص كل عامل بعمله حذراً من ان يكون الاخر شريكاً فيه ، وهذا ما يقتضيه الادلة الاولية فينتج ان العمومات مانعة عن الشركة في الابدان ، فشخص يعمل ويكون آخر اجنبي عنه مالكاً للاجور الحاصلة !! من عمله وهذا امر بديهي .

ولكن من ناحية آخرى نرى الشركة والعقد الجاري فيها ان الشركة تكون من العقود والعقود جميعها محتاجة الى الانشاء والامر الانشائي له دلالة مطابقية وله دلالة تلازمية ، وهو عبارة عن جعل شخصين شريكين في هذه السلطنة على المال ويترتب عليه آثاره من ملكية النصف المشاع ، أو ان يكون اليد لكل واحد على المال بحيث تكون اليد منهما بمنزلة اليد الواحدة وغير ذلك ومن هذا يكون هذا الانشاء بالدلالة المطابقية له آثار مترتبة عليه .

وكذلك لهذا الانشاء ملازمات ايضاً ، تكون هذه الملازمات مورد اعتناء العقلاء ويرتبون عليها آثاراً تكون تلك الآثار مورد اعتناء العقلاء . وقلنا بان الدلالة المطابقية للآثار المترتبة عبارة عن انشاء والتزام بهذا الانشاء فهذا الانشاء عبارة عن انعقاد الشركة بين الشريكين في الملكية ، وله آثار جانبية ايضاً تكون مترتبة عليه من دون ان يكون للفظ حكم اولاً وبالذات ، وتلك القضايا الجانبية يرتب العقلاء عليها آثارها الخاصة ، ويعبرون بها باعتبار ذلك الاثر فيرون إنه بانعقاد الشركة بين الشريكين تحصل ملكية المال المشترك للشركاء ، ولكن هذه الملكية تكون بنحو كل جزء جزء منه يمتاز به كلاهما في قبال غيرهم من الذين لا يكون لهم شركة فيها .

ثانياً : بانعقاد هذه الشركة يكون كل واحد من الشركاء مالكاً للاجزاء

. . . .

المشاعة بحيث لا يمكن التصرف بهذه الاجزاء المشاعة لاي واحد منهم إلا باذن الآخر.

ثالثاً : باجراء عقد الشركة يحصل امتياز لكل من الشُريكين في مال صاحبه بعد ان لم يكن كل منهما ذا حق في مال شريكه ، وهذا يكون من لوازم عقد الشركة ، فانه وان كان الشريك من اول الامر لم يَرى حقاً للغير في ماله ولكن بعد ان انعقدت الشركة لا يمكن لاي من الشريكين التصرف في المال المشترك الا باذن شريكه .

رابعاً : يكون ايجاب كل واحد من الشريكين وقبول الآخر يكون نتيجته الهبة المعوضة وصلحاً قهرياً واباحة ماله لغيره وابراء لعهدته وتضامناً في العمل بهذا المال كي يستفيد الاخر ايضاً بذلك ، فان ذلك كله من لوازم انشاء النسبة الانشائية ولوازمه المترتبة عليه ، فنفس هذا الانشاء لا يكون الا انشاء واحداً له ملازمات لا يمكن ان تكون منفكة عنه وهذه اللوازم توجب ان يكون العقلاء يعتنون بالدلالة الالتزامية مادام يعتنون بالدلالة المطابقية ، وهذه الدلالة الالتزامية يعبرون بها عما اراد اللفظ في كلماته ، ويكون هذا مورد استشهادهم بذلك ، ويترتب على هذا نتائج يمكن بيان بعضها في الامور الاتية :

الاول : قلنا لا تصح شركة الابدان بالنظر الاولي فيكون عدم صحتها على القاعدة بحيث ينشاء الشريك بان كلما عملت انا انت شربكي فيه وكلما عملت انت انا شريكك فيه ، فهذا بالنظر الاولي يكون باطلاً للادلة الاولية كما ذكرنا ، واما اذا كانا عاملين في عمل مماثل يكون إنشاء الشركة بينهما بأنهما شريكان في كل عمل يعملانه على ان يكونا شريكين اشاعيين في كل ما يحصلانه باي طريق كان ، فان ذلك يوجب كون كل منهما شريكاً في مال الآخر .

....

فان الاجماع المدعىٰ في المقام يكون على طبق الاصول فان الشركة في الاعمال لا يمكن تصورها ، فان الشركة في الاعمال تعين كون عمل العامل عمل غيره ، وهذا امر محال تصوره وتكون كلمات المجمعين على هذا النحو من الشركة في الاعمال وهذا لا يمكن تصوره .

واما الشركة في ما يحصلان من العمل فذلك خارج عن نفي المجمعين فان الصريح في كلمات المجمعين ان يكون العمل الصادر من احد الشريكين يكون له نصف اجرته بحيث يكون كل عمل صدر من احد الشريكين له نصف اجرته ونصف اجرته يكون للشريك الآخر وهكذا الآخر ، حيث ان العمل الذي ياتي به يكون مالكاً لنصف اجرته ونصف الآخر يكون للشريك الآخر ، وتكون هذه الشركة في الاموال ، لان مورد عقد الشركة انما هو في الاجرة التي يحصل عليها كل واحد من الشريكين ولكن عمدة الاشكال الذي تفطن له المحقق الا دبيلي دون غيره انه لما كان مستفاداً من كلمات الاصحاب ان الشركة تكون بين السلطنتين ويكون المقتضي في كلا الشريكين موجوداً فلهذا حكم بالجواز دون غيره مستفاداً من كلمات الاصحاب ، وتخيل ان الاختلاط الموجود في كلمات الاصحاب هو الاختلاط الخارجي دون الاختلاط في الملكية والسلطنة وعلى هذا يكون ما استفادة المحقق الاردبيلي صحيحاً ، وتكون مطابق كلمات المشهور كما صرح به الاصحاب (قدست اسرارهم) ، فانهم وان ارادوا الفرار من كلمات المجمعين بالوكالة ولكن قد سبق منا انه لا احتياج الى الوكالة بل نفس عقد الشركة يوجب ان يكون الاختيار التام في ما يحصله شريكه في الانضمام الى مال الشركة ، وبه يكون الاختيار التام عما تقتضيه الوكالة ، وعلى هذا فتكون شركة الاعمال على القاعدة وتكون كلمات المجمعين ايضاً على القاعدة وذلك لان الاشتراك من دون رضاء

. . . .

الغير في ما يحصل من الاستيجار يكون أكلاً للمال بالباطل ، ولكن حيث ان الايجاب في عقد الشركة يكون لازمه الاختيار التام لكل واحد من الشريكين في المال الآخر ، ونفس معنى انشاء عقد الشركة ذلك ، فقهُراً يكون مما تقتضيه الوكالة ، ويكون كل واحد منهما شريكاً فيما يعملانه ، ويكون لكل منهما مقداراً من المال على حسب توافقهما ، ويكون من باب الشركة في الاموال لا الاعمال كما توهمه البعض وتكون الشركة عبارة عن الاشتراك في العمل ، لان الشركة كما قلنا هي الشركه في الملكية لا المملوكية ، ولهذا حكم المحقق الاردبيلي بصحته ، ويكون المشهور ايضاً قائلين بصحته ولا احتياج الى الوكالة ، بل نفس عقد الشركة يقتضي ذلك ولا احتياج الى الصلح لان الصلح كما قلنا إنما يكون في كلّ مورد انما يكون مؤثراً في الاثر الحاصل من العقد الواقع فيه ، فاذا كانت الشركة في الاعمال باطلة فالصلح الواقع موقعه يكون باطلاً وذلك لانه لا يكون من شركة الابدان بل يكون من قبيل شركة الاموال حيث انهما يشتركان في الاموال الحاصلة في ايديهما بالنصف أو الثلث أو غير ذلك ويكون من الاشتراك في الاموال .

فرع :

لو ارادت شركة من الشركات ان تشارك عمالها في اشخاص الشركة بحيث ان العمال ما دام يعملون في الشركة يكون لهم اصل الشركة ولهم الربح الحاصل من الشركة ، فان على ما قاله القوم تكون هذه الشركة باطلة وعلى البيان الذي بيناه تكون الشركة صحيحة ونفرض له مثالاً فان كانت هناك حكومية أو أهلية وقُسمتْ بالف سهم وحكم ان كل واحد من العمال سواء كانوا يشتغلون فيه أو كانوا غير شاغلين فيها يحق لهم ان يشتروا من اسهم الشركه كل ما يريدون كل سهم مثلاً بالف تومان ، والعاملون في هذه الشركة اشتروا الاسهم فان العمل في هذه الشركة

. . . .

له اجرة فالذي اشترى السهم من هذه الشركة معناه ان يكون عمل العامل داخلاً في كيسه ، والحال ان عمله له ولا تكون هذه الشركة موجبة لدخول المال في الكيس الذي اشتراه ، خصوصاً اذا كان العامل الذي اشترى اسهماً من هذه الشركة كان ايضاً شاغلاً في نفس الشركة وكان من عمالها ، ولكن القوم لا بد وان يقولوا ببطلان هذه الشركة بمفروضاتهم الغير مؤيدة من مبنانا ، ولكن هذه الشركة صحيحة والحال ان العمل لا يكون نقداً لانه يومياً يكون صادراً منه العمل ويومياً لا يكون نقداً ، ولا يكون خلط الا ان الخلط في السلطنة والملكية كافية كما يقوله المشهور من دون ان يكون خلطاً في المملوكية ويكفي الخلط في الملكية .

فرع :

ان الحكومة أو الشركات الاهلية يبيعون واحداً وخمسين من قيمة الصنايع لانفسهم وتسع وأربعين من الاسهم يبيعونها الى العمال فان الذي مالكاً له هو العمل الذي يعمله العمال والمقدار الذي يجعله للعاملين ايضاً تكون الاسهم فيه متفاوتة ، وتكون ذلك شركة ، وهذه الشركات انما تكون في السلطنة ولا اشكال فيه حيث ان الحكومة أو الاهالي مساهمين في هذا المصنع ويكون للعمال اسهمهم وللدولة ايضاً سهمها من ناحية الاشتراك في السلطنة ولو لم تكن الحكومة مشتغلة في المصنع ، وانما يكون شغل العامل الذي له سهم لشريكه ايضاً سهم ، وهذه اعمال البورصات الموجودة حالياً في جميع انحاء العالم وكل ذلك صحيح ، لان استقامة الشركه بان يملك احد مقداراً منه ويملك الآخر مقداراً من السهم في السلطنة عليه كان ما بأزائه موجوداً ، أوكان صرف القابلية الموجودة وهذه القابلية كافية في جواز الاسهام .

. . . .

الباصات الموجودة في عواصم العالم تكون من هذا القبيل فانها شركات يمكن ان يكون سائق الباص شريكاً فيها ويكون له ربح يتقاضاه في كل سنة بقدر سهامه في الباص ، والحال ان الباص لها سواق آخرين يمكن ان يكونوا مساهمين في ذلك ، ومن الواضح ان هذه الشركات تكون شركات في الاعمال على قول الماتن وشركات في الاموال على قول المشهور.

الفرع الثاني : بعد ان كان اجراء عقد الشركة الذي هو عبارة عن ايقاع النسبة ومن هذا الايقاع يستفيد العقلاء من سلطنة الشريك على مقدار جزء مشاع عن المال الذي بينهما ، فلا يمكن له التصرف الا باذن الآخر.

وكذلك العرف والعقلاء يرون اليد المشاعة بينهما واردة على المال ، وعند الدقة تكون كل يد على جزء مشاع من المال ، وكذلك العقلاء يرون انه بايقاع هذه النسبة لكل منهما يحصل تمليك الربح المستفاد من هذا المال للآخر بنفس هذه الشركة بمعنى ان الشريكين في العين أو المال اذا ربحا فيه يكون لكل من الشريكين مقدار من الربح المشاع.

وكذلك اذا لم يكن لكل منهما مال وارادا الشركة فايقاع عقد الشركة معناه ان من اشتغل بشغل وحصل له مال يهب حصة منه الى الشريك الآخر مشروطاً بان يهب الشريك الآخر ما عمل من المال وحصل له ، فيكون هذا شركة في الاموال لا في الاعمال ، اذ قلنا بان الشركة انما تحقق بالاختلاط في السلطنة ، والاختلاط في السلطنة كما تقدم تارة له انطباق في الخارج ، وتارة لا يلازم الانطباق في الخارج ، ولزوم الانطباق أو عدم لزومه لا ربط له بالعقد ، فلو اجريا العقد وتلف المال بآفة سماوية لا يبطل العقد ، ووجود النسبة له لوازم كما قلنا ، وباعتبار تلك اللوازم تكون الشركة من ناحية التملك ، وتكون هبة معوضة باعتبار دخول المال في ملكية

ولا تصح ايضاً شركة الوجوه ، وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يبتاع كل منهما في ذمته إلى أجل يكون ما يبتاعه بينهما في فيبعانه ويؤدِّيان الثمن ويكون ما حصل من الربح بينهما (١)

الشريك ، كما انه يخرج من ملكية الشريك الآخر ، وكذلك يكون كل واحد من الشركاء له يد ناقصة على ماله ، كما انه له يد ناقصة على مال الآخر ، وكذلك يكون لكل واحد من الشريكين الاختيار التام على المال المشترك ، كما ان الطرف الآخر له الاختيار التام على المال المشترك ، وكل ذلك بحد من النقص الذي يوالي شريكه ، وهذه السلطنة العامة الناقصة تكون مدلول الشركة ، ولا احتياج الى اجراء عقد الوكالة كما توهمه عبارات القوم ، وعلى هذا فان عبارات الاصحاب في شركة الوجوه تكون غير خالية من التناقض ، فان للاصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) في تحديد شركة الوجوه ثلاثة اقوال ، وكل ذلك على التقريب الذي قربناه لا يكون فيه محذوراً بل مما فتى به الاصحاب في الموارد .

(١) شركة الوجود على ما ذكرت في المتن وقد اختلف الاصحاب فيها وكل هذا الاختلاف من جهة انهم ظنوا ان وجود المال الخارجي دخيل في عنوان الشركة ، وقد سمعت مراراً انه خارج عن لزوم وجوده ، اذ يشتركان من دون ان يكون مليين ويشتغلان وتحصل لهم الاموال ، وهما شريكان فيما يحصلان ، وترى الاصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) مختلفين فيما هو محذور في معنى شركة الوجوه .

الاول : هو الذي قلنا بان المشهور على ذلك فلو اشترك اثنان لا مال لهما وعقد وجوه الشركه بينهما وكل ما حصلا يكونان مشتركين فيما حصلا .

الثاني : ان الذي يكون شريكاً يشتري المال في الذمة وبهذا الاشتراء يملكه

. . . .

الشريك الآخر الذي لم يشارك في الاشتراء .

والظاهر ان المشهور كما صرح به جامع المقاصد والكفاية وغيرهم كما تقدم حاكمين بصحة هذا النحو من الاشتراك في كلماتهمُ من دون اذعان لهذه القضية بالخصوص . وذلك لان المشهور القائلين بان الشركة عبارة عن اجتماع حقوق الملاك في الشيء لا يرون دخالة المال في انعقاد الشركة وعدم دخالة وجود المال النقدي في صحة الشركة ، وان الاختلاط يكون بين الملكين وبهذا تنتهي النزاع ، بمعنى ان المفروض ان كل واحد يشتري الشيء بذمته والآخر ايضاً يشتري الشيء بذمته ، والحال انهما مسبوقان بعقد الشركة ، فعقد الشركة بوقوعه يجعل كل واحد من الشريكين صاحب امتياز بالنسبة لمال الشريك وما يكون مشترياً بذمته ، وهذا المعنى يكون مستلزماً للوكالة والنيابة ونتيجة الصلح وغير ذلك من الموارد التي اراد الماتن تصحيحها ، ونفس عقد الشركة بعد ان لم يكن المال النقدي دخيلاً فيه يكون متكفلاً لجميع شؤونه من دون ان يكون محتاجاً الى صلح أو هبة أو غير ذلك ، لان ذلك يكون عند العقلاء من اللوازم الغير منفكة عن عقد الشركة وهو المتكفل لذلك نعم يبقى الاجماع .

الثالث : من الوجوه المتصورة في شركة الوجوه ان يشتري احد الشريكين المتاع في ذمة الذي له مال ويجعله باختيار الشريك الآخر ، ويبيع كل منهما المال الذي باختيارهما ويكون ما ربحا مشتركين في ذلك ويكون هذا نحو مضاربة لا اشكال في صحته .

الرابع : ان تكون شركة الوجوه عبارة عن اشتراك اثنين احدهما له مال والآخر ليس له مال ، يشتري كل منهما في الذمة ويبيعان ما اشترياه ولكل منهما النصف فايضاً خارج عن دعوى الاجماع ، لان العامل يمكن له من اجل الربح ان

وإذا ارادا ذلك على الوجه الصحيح وكَّل كل منهما الآخر في الشراء، فاشترى لهما وفي ذمتهما [١]

يشتري في الذمة ويستربح والمالك يكون شريكاً فيه وهذا من الضروريات التي لا يمكن القول ببطلانها.

الخامس: ان يشتري الذي ليس له مال في الذمة بشخصه ويجعله في يد العامل الذي له مال ويبيعه ويشتركان في الربح فايضاً لا اشكال في صحته لان الذي يبيعه يكون بضاعة ويجعل من الذي وردت الروايات على صحته.

السادس: ان يبتاع الذي له مال ويجعله في يد الذي ليس له مال ويكون العمل الذي ليس له مال والمال يكون للمالك فيكون الذي يعمل عامل ويكون له نصف الربح، وهذا ايضاً لا اشكال فيه.

واما الاجماع المدعي في المقام فلم يتبين نظر المجمعين فيه فالمرجع الى المشهور من ان الشركة عبارة عن اجتماع حقوق الملاك بحيث لا يكون الوجود الخارجي للمال دخيلاً في انعقادها وهذا ما صار اليه المشهور.

ومن الواضح ان النظر الى ما صار اليه المشهور وتفهمه يجعلنا في هذه الموارد خالين عن الاشكال بعد ان كانت المضاربة والبضاعة مما لا اشكال فيه وليس هنا اجماع يمكن الاتكاء عليه، ومن الواضح ان هذا الاجماع بعد ان صار المشهور على كونه اشتراك الملاك في الشركة ويكون جواباً عن هذا الاشكال واحتمال الاجماع الذي ترددوا فيه. فشركة الاعمال التي ترجع الى الشركة في الاموال وشركة الوجوه التي ترجع الى المضاربة والبضاعة لا اشكال فيها وليس هناك دليل قائم ببطلانه.

(١) وقد عرفت ان نفس عقد الشركة يكفي في صحته من دون ان يكون محتاجاً الى الصلح، وهو بوقوعه يكفي عن الصلح وغيره، فلا احتياج الى هذه

....

التكلفات وقد نبهنا مراراً لما ذكره السيد اليزدي لخروجه عن هذه المضيقة ولكن عند التدبر لا يكون هناك مضيقة فيه ، ولا يحتاج الى التوكيل بل نفس عقد المضاربة يقتضي ذلك على ما صار اليه المشهور ، وعدم اجماع في البين وعلى هذا تكون الشركة في الاموال وان كانت الشركة في الاعمال ايضاً قلنا بانه ان رجع الى الشركة في الاموال ايضاً يكون خالياً عن الاشكال اذ لا معنى للاشتراك في الاعمال ما لم يرجع الى الاعمال ، ويكون راجعاً الى الاموال والفروع المترتبة على هذا الموال بمعنى كلي نرى ان الشركة التي يكون الشركاء متميزين في الاشتراك في السلطنة كما هو مصير القوم ويكون من الشركات الغير الواردة عليها الاشكال يكون له آثار تترتب عليه وهي كما يلي على فروع :

فرع :

لو عقد جماعة بالاشتراك شركة تسهامية والشركة السّهامية عبارة عن شركة عدة من الشركاء سواء كانوا ثلاثة أو ازيد وجعلوا فيه رؤوس اموال متمايزة ، بمعنى جعلوا رأس المال لكل واحد بمقدار باقي الشركاء ففي هذا المقام تكون مسؤولية الشركاء بمقدار سهامهم ولكن هذه المسؤولية وان كانت طبق القانون المصوبة يكون بقدر سهامهم ولكن هذه الشركة لا تتحقق الا بان تكون المسؤولية على كل الشركاء في اعمالهم سواء كانت تجارة أو غيرها من جهة القيام باعمال اخرى ولا يجب ان يكون الشركاء متساوي السهام ، فيمكن ان يكون لواحدٍ زائداً أو للآخر ناقصاً ولكن الشرط هو ان يكون زائداً عن الثلاثة ، واما مسؤولية الشركاء فانما يكون الشركاء هم المسؤولون ، فان على المبني المختار ومبني القوم يكون المسؤول عنه ذلك هم الشركاء ، لان رأس المال وان كان قائماً طبق القانون الا ان اليد الموجودة من الشركاء في هذه الاموال ، فلو تضررت الشركة بحيث جميع

....

اموالها تلفت يكون الشركاء ضامنين للحسابات التي يكون الشركاء قائمين بها ، حتى ولو قلنا بمبني صاحب الجواهر فكيف بمبنانا من كون هؤلاء الشركاء شركاء في الملكية والسلطنة ، فاذا تضررت الشركة فهم المسؤولون عن الخسارة الحاصلة من ناحية الشركة على غيرهم ، ولا يمكن ان يكون صاحب السهام غير مسؤول عن الضرر الوارد على هذه الشركة على الناس ، ولا بد من توضيح الشركات المعمولة وكيفية التورط ، فان الشركات منها تسمى بالشركات العامة ومنها تسمى بالشركات الخاصة .

فان الشركة لا تتحقق بأن لا يكون الشركاء أقل من الثلاثة ، ويمكن القيام بكل عمل يكون لهم نفع في ذلك ويكون ذلك عبارة عن شركة العنان ، وهذه الشركات تتنوع بنوعين :

النوع الاول : عبارة عن ان رأس المال الشركة انما يباع الى الناس بمعنى ان رأس المال الشركة جعلوه سهاماً ، وهذه السهام تباع الى الافراد والشعب وهذه الشركة تسمى بالشركة السهامية العامة .

النوع الثاني : الشركات التي يقوم بتمويلها احد الناس أو أثنين أو ثلاثة ، اي لا يكون اقل من ثلاثة وهذه تسمى بالشركة السّهامية الخاصة .

فرع :

الوارد تأسيس الشركة فهل يمكن تحديدها زماناً ام لا ؟ والجواب يمكن تحديدها ، فان المفروض هو ان عقد الشركة من العقود الجائزة فلا يرد الاشكال بان التحديد في العقود الجايزة يكون على خلاف مقتضي العقد وانه في كل مورد اراد فسخه يكون جائزاً والشرط يكون خلاف مقتضى لعقد ، أو ان عقد الشركة يكون من العقود الواجبة الوفاء ويكون العقد اذا ورد لزم الوفاء به الى ان يتفق

. . . .

الطرفان على الغائه واقالته وهذا مركز النزاع بين الاصحاب فنقول :

ادعى المشهور علىٰ وجوب الوفاء به وحكموا بأن العقد اذا وقع بعنوان عقد الشركة يكون لازم الوفاء الا أن يتفق الطرفان على حله ، وذهب صاحب الجواهر الى كون عقد الشركة من العقود الجائزة والعقود الحائزة كباقي العقود الاذنيّة يكون الفسخ من لوازمه ، ولكنه مع ذلك يصح فيه شرط الاجل كما سنبينه عند تعرض الماتن له وان قلنا بجوازه او لزومه كما سيأتي .

فرع :

تأسيس الشركات لا يكون بازاء التجارة حتى فيما اذا لم يشتغلوا بالتجارة ينافي صحته بل نفس عقد الشركة له اعتبار عند العقلاء فربما يشتغلون بشركتهم للتجارة والاسترباح ، وتارة ليس لهم مقصود يثبت الجواز في عقد الشركة ، وعلى مبنى المشهور يكون الحكم هو اللزوم ، وعلى هذا فان الامر لما لم يكن خالياً من الطرفين فان الحكم بتعيين المدّة في الشركات الموجودة لابدّ فيه من تعيين المبنى وسيجيء الكلام عن ذلك في مورده .

وقد قال الفقهاء (رضوان اللّه تعالى عليهم) لابد وان يقال باللزوم لان امتزاج المالين لا يكون له هذه الاثار المترتّبة عليه ، وليس من العقود ، ومن الواضح أن امتزاج الملكين يكون موجباً للشركة ، وهذا يحتاج كما قلنا بانحلاله بالقسمة ، وهذا المعنى لا يكون الا بالمزج من حيث الملكيّة والسلطنة لا الخارج كما ذكرنا .

ومن الشركات الباطلة شركة المفاوضة والذي يظهر من معناه تفاوض الشريكين في الامور المالية بحيث يكونان شريكين في الربح والخسارة وهل هذا باطل كما صار اليه القوم ؟ او انه وجه في الصحة فان شركة المفاوضة ان يكون كل

....

واحد من الشريكين يتفاوض بان يكون لكل منهما الربح والخسارة فيكون هبة معوضة ، ولكن لما كان ذلك مجهولاً يكون بطلانه من تلك الناحية ، ويكون التفاوض بمعنى ان يكون احد الشريكين يتفاوض مع شريكه بعقد الشركة في كلية الارباح الحاصلة والاضرار الحاصلة ، ويكون كلٌّ على منواله ، ويكون هبة معوضة ، وقد تفطن صاحب الجواهر الى ذلك ولكن اشكل بانها غير مقصودة واذا كانت الشركه مقصودة فقهراً لوازمه البينة بالمعنى الاخص ايضاً مقصودة ، ولا يمكن ان تكون لوازمه غير مقصودة ، وبهذا يكون فى كل مورد راجع في اصله الى شركة الاموال صحيحاً ، وفي كل مورد لم تكن شركة في السلطنة يكون باطلاً ، فان الشركة الحقيقية انما حصلت باختلاط السلطنتين فان بقي العقد كان لها آثارها الخاصة ، وإن بطل العقد تكون الشركة موجودة وتكون حكمية ، ولكن المفروض انه ان كان في شركة المفاوضة فهو مما لا اشكال فيه على راي المشهور وكان اشتراكه في الملكية لا في المملوكية ولكن القول به بعد حكم القوم ببطلانه مورد للتأمل ، واما شركة العنان بمعنى ان يكون لكل واحد من الشريكين السلطنة التامة على ماله ويسمى هذا شركة العنان ، حيث ان السلطنة التامة تكون للشريكين ويكونان مالكين لعنان الدابة وهو الشركة التي بنى القوم على صحتها ، فجميع الشركات تكون من هذا القبيل سواء كان للتجارة أو كان لنفس الشركة حيث انه يكون نفس الشركة مراده ، والتداخل في السلطنتين يكون مطلوباً ، وعلى هذا فالشركات التجارية والاسترباح تكون خاضعة لهذا الحكم ، واما الاشتراك في المملوكية كما صار اليه الماتن فانه يرجع الى تملك الفرد المردد وهو بمعنى من البطلان ولا يمكن الاتكاء عليه في الشركات العقدية ، واما الاشتراك في السلطنة فلا اشكال فيه ويكون الاختلاط المقصود عند الفقهاء هو الاختلاط في الملكية

. . . .

والسلطنة كما اثبتناه بما لا مزيد عليه ، وبه يصحح جميع الشركات حتى المفاوضة ولا يضر الجهل به في حال الشركة لرجوعه الى العلم بعد ذلك ، بعد ما قلنا بان النهي عن الغرر انما يختص بالبيع والاجارة وغير ذلك كما تقدم مفصلاً في المضاربة ، واما عموم النهي عن الغرر ان كان بحيث يرى العقلاء المعاملة غررية فلا يقدمون اليه واما الغرري يؤول الى العلم فلا يرى العقلاء غررية .

فرع :

لو اشترك عدة شركاء واراد احدهما الفسخ فان الفسخ لا يمكن الا ان يقتسما ، والقسمة لا بد وان تكون برضا الاطراف المعنية في الشركة ، وفي هذا المقام لو اقتسما بحيث يلحق الضرر على الشركاء في قسمتهم ، فهل يجب عليهم الايجاب للقسمة فلا اشكال ان الفسخ أوجب ان يكون مفسوخاً من طرف الشريك واما الشركة الحكمية فانها باقية حتى يقتسما ، واما لضرر الوارد على باقي الشركاء فان قلنا بان عقد الشركة يكون من العقود الجائزة فلا اشكال انه مقدم على عقد يكون مفسوخاً حيث ما اراد ، وبهذا لا يكون الضرر الوارد على الشركاء الا لاقدامهم على الشركة ولا يكون الفاسخ متحملاً للضرر الوارد عليهم ، واما بناء على مبني المشهور من ان عقد الشركة يكون لازماً ولا يمكن فسخه الا برضا باقي الشركاء لان الشريك اقدم على الشركة بما انها باقية فلا يكون مقدماً على عقد ضرري ، واذا لم يكن مقدما لذلك فلا يستقيم الفسخ الا برضا الاطراف وان ذلك موجب لجلب رضاهم باعطاء المال اليهم ، او ان يمتازوا بامتياز يجلب رضاهم ، وبهذا لا يكون الفسخ من طرف واحد الا برضا الجميع ، وهذا بخلاف مبنى صاحب الجواهر كما عرفت .

وشركة المفاوضة ايضاً باطلة، وهي أن يشترك اثنان أو ازيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما وكذا كل غرامة ترد على احدهما تكون عليهما فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الاعيان المملوكة فعلاً. وتسمى بشركة العنان (١)

لو كانوا أكثر من شريك واحد واراد احد الشركاء بيع حصته فهل يمكن البيع من دون اخطار بقية الشركاء أو لا ؟

(١) فان الاختلاف في المباني يوجب الاختلاف فيه فان قلنا بان عقد الشركة من العقود الاذنية ويكون جائزاً واراد بيع حصته فان نفس الاقدام بالبيع معناه الفسخ وينفسخ ويدخل في ملك المشتري، ويكون على البائع ان يقتسم نصيبه عن باقي شركائه ويسلمه الى المشتري ويكون البيع صحيحاً غير فضولي وان كانت الشركة بنحو الاشاعة.

وهذا بخلاف مبنانا من لزوم عقد الشركة وذلك يعني انه لا يمكن بيعه الا برضا الشركاء، وان باعه بدون رضاهم يكون فضولياً يحتاج الى اذن باقي الشركاء، لان العزم على الفسخ بعد ان لم يكن من العقود الاذنية فقهراً يكون التصرف غير ممكن الا مع اذن الشركاء، واذن الشركاء لا يتحقق الا بالقسمة والقسمة لا بد وان يتقاضاها الفاسخ، ولكن لو فسخ ترجع الشركة الحقيقية الى الشركة الحكمية والشركة الحكمية وتترتب بعض آثار الشركة الحمية من عدم امكان بيع حصته كما ذكرنا في محله.

ولكن الامر الذي اريد البحث عنه هو ان الشريك بناء على كون عقد الشركه من العقود اللازمة او حتى لو كان من العقود الجائزة كما ذهب اليه جميع القوم خلافاً للمشهور (رضوان الله تعالى عليهم) هو انه لو كان الفسخ موجباً لتضرر

. . . .

الشركاء هل يمكن له الفسخ او لابد وان يصبر الى حصول موردٍ لا يكون فسخه موجباً لتضرر الشركاء .

والتحقيق ان الشركة كما هو المعمول تكون للتجارة وقهراً اذا كان للتجارة فان ملكية كل واحد من الشركاء بعد ان كانت عبارة عن السلطنة الناقصة لكل واحد من الشركاء فيما بايديهم من الاموال ، فتكون هذه السلطنة امتنانية فلا يشمل المورد الذي يكون التصرف في السلطنة خلافاً للامتنان الى الشريك الآخر ، والمعروف ان السلطنة اذا أوجبت خلاف الامتنان الى الغير ليس له اطلاق ، وهكذا سلطنة الطرف الآخر حيث ان اطلاق السلطنة لا يكون موجباً لخلاف الامتنان على الغير ، وفي هذا المجال فتصرفات كل شريك بالبيع أو الهبة أو غير ذلك من التصرفات لا بد وان لا تكون خلاف الامتنان لباقي الشركاء ، وحينئذ فلابد ان يكون تصرفه غير منافٍ في ملكية لباقي الشركاء .

فان قلت ان البقاء على الشركة ايضاً يكون على خلاف الامتنان لحق الذي يكون مريد البيعة ، فحينئذ لو قلنا بان عقد الشركة من العقود اللازمة يكون سلطنة كل واحد من الشركاء استقلالية وحينئذ يمكن له بيعه ويتقاضا القسمة ، واما اذا قلنا بان عقد الشركة من العقود الجائزة تكون الشركة حكمية والشركة الحكمية لا تترتب عليها جميع آثار الشركة ، وانما يكون تصرفه بدون اذن الشركاء حراماً وحينما رجع عن الاذن تبطل الشركة ويتداعيا القسمة وبه تتم قضية القسمة .

فرع :

على مبني صاحب الجواهر عند تحقق الشركة بغير العقد من سائر الاسباب من أرث أو حيازة أو تملك مباح لا يصح تصرف كل واحد من الشريكين في المال بدون اذن باقي الشركاء لانه شركة حكمية ولا يمكن لاي واحد من الشريكين

....

التصرف الا باذن الآخر هذا في الشركة الغير عقدية ، واما في الشركة العقدية فعلى قول صاحب الجواهر من الجواز أو من كون الشركة الحقيقية حاصلة من عقدها ، الامر بشرط الاختلاط فلا يقتضي عقدها ترخيص غيره بالتصرف فيكون حكم الشركة العقدية ايضاً حكم سائر اسباب الشركة الغير عقدية القهرية والاختيارية .

واما على مبني المشهور فلا بد من استفادة الاذن في التصرف من نفس عقد الشركة لباقي الشركاء صوناً له عن اللغوية كما تقدم بيانه في اول الكتاب ، وحينئذ على مذهب المشهور تختص حرمة التصرف بالشركات الغير عقدية واما على مبنى صاحب الجواهر فالكل فيه سواسية .

فرع :

لا شبهة في اصل الحكم من عدم جواز تصرف باقي الشركاء في المال المشترك لو لا استفادة الجواز لباقي الشركاء في الشركة العقدية على مذهب المشهور المنصور أو من الخارج لعموم سلطنة الناس المانعة عن تصرف غيرهم في مالهم بدون اذنهم ، عملاً بعموم لا يجوز التصرف في مال الغير الا باذنه فكيف باموالنا الخ بعد توهم اختصاصه بالمال المختص بالغير كما هو واضح .

فرع :

اذا جاز التصرف في المال المشترك بينه وبين غيره فلا بد وان يقتصر على المأذون فلو لم يقتصر على التصرف المأذون تكون اليد عادية بالنسبة حينئذ.

فرع :

قلنا بناء على ان الشركة عبارة عن اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد وهو اعم من ان يكون له ما بازاء في الخارج ، وهو الذي أوجب ان يرتابوا في بعض الشركات لعدم تدبرهم فيما صار اليه المشهور في ذلك ، وعلى هذا فصحه العقد

. . . .

عبارة عن تداخل الملكية والسلطنة التي لا تكون الا امراً ذهنياً ، وتارة له تطبيق في الخارج ، وتارة ليس له تطبيق في الخارج ويكون العقد باقياً ، فلو خسر الشريكان بدون تعدد وتفريط كانت الشركة باقية ، وتكون الالتزامات التي التزم بها الشركاء باقية ويكون الملتزم به مورد العمل به ولا تبطل الالتزامات اصلاً الا بانحلاله وانحلاله لا يكون الا بالقسمة ، كما سنوضحه في كتاب القسمة .

فرع :

الشركات باجمعها اذا كانت مدينة يلتزم كل الشركاء بتلك الديون ، والتزامهم انما يكون بالرجوع الى اي واحد من الشركاء ويكون تاديته كما يودي الآخر ، وعلى هذا يكون الامر على هذا المرام الا ان يشترط الشركاء فيما بينهم ان يلتزم بتأدية الديون احد الشركاء كلهم وهذا الشرط وجوب الوفاء به منوط بما سيجيء من كلام الماتن في وجوب الوفاء بكلية الشروط الموجودة في الشركه أو عدم وجوبه وسيأتي انشاء الله .

فرع :

تصح الشركة كما تقدم اذا لم يكن بقصد التجارة بل اشتركا في ماليهما ، أو الشركاء في اموالهما بعنوان الشركة من دون عمل لكل منهما في الشركة المشاعة فلو حصل له زيادة سوقية كانا مشتركين في تلك الزيادة ، ولو اشترط احدهما الزيادة على الآخر لزم اذا قلنا في محله بلزوم الشرط كما هو واضح .

فرع :

لو اشترك شركاء لكل واحد منهم نصيب من المال على حد سواء ، ولكن عمل بعضهم في المال دون بعضهم فان الذي عمل هل يستحق الزيادة عن الشركاء الآخرين ، او انه يتساوى مع الآخرين وحينئذ فان باب الشركة انما يقتضي

....

الزيادة في رأس المال واما الربح فذلك امر خارج عن اصل وقوع الشركة ، ولكن الكلام في أن المال لما كان شركة بنحو الاشاعة وكان احد الشريكين أو الشركاء يشتغل بماله المشاع مع باقي الشركاء من دون اشتغال الباقين ، وحصل له في الزيادة في المال فهل هذه الزيادة تختص بمن اشتغل بالمال أو انه يكون المال المشاع بينه وبين الباقين والجواب ان الزيادة تكون موزعة عليهم اذ أن طبع عقد الشركة يقتضي ان مع زيادة المال من واحد منهم وكانت الشركه على الاطلاق من دون اشتراط الزيادة لمن عمل منهم تكون الزيادة زيادة في رأس مال الشركة ، ولا تختص بمن عمل فيه ، وان كان باقي الشركاء غير عاملين واحد هم يعمل واوجب بعمله زيادة في رأس مال الشركة ، وكانت الشركة مطلقة لم يشترط فيه العامل الحصة الزائدة لمكان عمله ، فان طبع الشركة يقتضي ان تكون الزيادة داخلة في المال المشترك ويكون جميعهم فيه سواء .

ان قلت ان باقي الشركاء غير عاملين كما ذهب اليه صاحب الجواهر واحد العمال اشتغل بكديده فلا يمكن ان يكون لباقي الشركاء سهم في هذا المال الذي حصل بكديد هذا العامل ، فلا أقل من انه يستحق اجرة المثل لتلك الزيادة .

قلت ان طبع عقد الشركة لما كان دالاً على تداخل الملكين أو املاك مشاعة من دون اشتراط للزيادة أو النقيصة فان هذا المعنى يوجب ان يكون بمجرد حصول الزيادة داخلاً فى ملكية الشركاء على حد سواء ، ولا يكون مورد الاحترام عمل المسلم بعد نقضه بايقاعه بعقد المضاربة .

فرع :

اذا كان الشركاء متساويين في رأس المال وارادوا التجارة فان الربح الحاصل من التجارة بالمال يكون منقسماً على سهامهم في رأس المال ولا يكون منقسماً

. . . .

على شغلهم في التجارة على رأس المال ، للقاعدة التي ذكرناها ، فان القاعدة في المال المشاع تقضي بكون اعتبار الربح مفوض اليهم كما ان الخسارة ايضاً موضعة عليهم ، وهذا لا فرق فيه ان كان عمل احدهما اكثر أو لا للقاعدة التي ذكرناها .

فرع :

ان المفروض في الشركة أن يكون عبارة عن وجود المال للشركاء فلا يكون العمل مناطاً فيه حتى يكون الربح الوارد على عمله اكثر واذا كانت العبرة برأس المال فقهراً يكون الربح بنسبة رأس المال ، ولو كان أكثر من رأس ماله أكثر ولم يكن يعمل ومن يعمل كان رأس ماله مساوياً لمن كان لم يعمل وربحاً كان الربح متساوياً بينهما .

فرع :

ان الشرائط الموجودة في الشركة على تقدير صحتها ،كما سيأتي انشاء الله لا تكون موجبة لدخول عقد الشركة في عقد القراض والمضاربة لان عقد القراض له شرائط قلما توجد في عقد الشركة ولكن لوازم الشركة تقتضي ترتب أمر قد يكون مترتباً على عقد القراض ، فلهذا لا يمكن ان يحكم بحكم القراض بعد ان كانت العمومات كافية في عقد الشركة بل كثيراً ما تكون العمومات المقامية في عقد الشركة ، بحيث لا تصل النوبة الى التمسك بعمومات القراض للجهة التي ذكرناها ، وهي ايقاع عقد يكون له لوازم بينة يعتبرها العقلاء وبعد اعتبار العقلاء لهذه اللوازم يترتب عليها آثار المضاربة من دون ان تكون مضاربة ، وذلك ينتج نتيجة المضاربة ، تمسكاً بعمومات الشركة لا المضاربة كما تخيله صاحب الجواهر ويكون من لوازم ايقاع نسبة الارتباطية كما ذكرنا .

....

الشركة كما قلنا عبارة عن تقابل السلطنة مع سلطنة الشركاء الآخرين ، فنفس ايقاع عقد الشركة كما يلازم التجارة كذلك السلطنة يلازم الهبة المعوضة وكذلك يلازم الاختيار التام في الانتقال لما في ملك الغير كذلك يلازم لوازماً اخرى ، يكون هذا الايقاع بهذه اللوازم التي يعتبرها العقلاء بالنسبة الى تلك الوازم ، فلو شرط احد الشريكين او الشركاء اجرة عمل يكون لازم الاجراء ، وان قلنا بجواز عقد الشركة كما يقول به صاحب الجواهر ، واما على رأي المشهور من تداخل الملكيتين القائلين بالجواز في عقد الشركة فانه بعد اثبات ان عقد الشركة تبعاً للمشهور يكون الشرط لازم الوفاء به ما دامت الشركة باقية فاذا انفسخت كان الشرط ايضاً غير لازم الوفاء كما تقدم في المضاربة ، فاذا شرط اجرة عمل في التصرف في مال الشركة لزم الوفاء به ما دامت الشركة باقية ، ولا تكون هذه الشركة مضاربة بل ان لوازم ايقاع العقد ينتج هذا المعنى من دون ان تكون الشروط اللازمة للمضاربة في المقام لازمة ، فيصح الشرط لمن كان عمله ازيد من دون ان يلزم مراعاة قواعد المضاربة .

فرع :

يجوز في عقد الشركة ان يكون العمل على عاتق الشريك والمال على عاتق الآخر من دون ان يكون المال عليه ، فان العمال كثيراً ما يشاركون رجال الاعمال بان يكون لهم الاشتغال ويعطي رجال الاعمال المال ، ويكون العمال شريكاً مع رجال الاعمال في رأس المال فهذه شركة ، ويتمسك لاثباتها بدليل الشركة من دون ان يكون العامل له شركة في رأس المال وهذا معنى الشركة الحقيقية ، لان السلطنات متداخلة ولا يكون فيه الآثار المشترطة في المضاربة لانه شركة لامضاربة .

....

فرع :

المعروف ان رجال الاعمال يستوردون السلع من الخارج ، ويجعل للسلع المستوردة ربحاً ، ويجعل للعامل الذي يكون من عماله في الشركة ربحاً عشرة بالمائة من الربح الذي يحصل له من هذا الاستيراد ، فيكون العامل شريكاً مع المالك في الربح الحاصل من هذه السلع وهذا ايضاً مما لا اشكال فيه .

فرع :

تصرف كل واحد من الشركاء في المال المشترك يكون باجازة الشريك الآخر اذا لم يكن عقدياً ، ومع العقدية كما عرفت ، فاذا كانت الشركة للتجارة والاسترباح وتوافق الشريكان على ذلك فقهراً كلما يكون دخيلاً في الاسترباح يكون مأذوناً للشريك ، وتكون ادلة الشركة وافيه به لقيامه مقام المضاربة من دون احتياج الى ادلة المضاربة ، وعلى هذا فكل ما يكون دخيلاً في الاسترباح يجعل الشريك في فسخة من العمل به ، ولكن مزايا المضاربة غير موجودة لعدم شمول الادلة .

فرع :

لو وجد مبيع واراد اثنان تملك المبيع بالشركة ، وكان لاحدهما ما ينقد الثمن ولم يكن للآخر ما ينقد الثمن نقداً فان الذي نقد الثمن بعد عقد الشركة أو نقد الثمن بعد القول بالتشريك دون العقد ، وانقد الثمن الشريك الآخر ففي هذه المرحلة لما كان منقوداً من احدهما دون الآخر تتحقق الشركة على مبني المشهور ، ولو كان نقد الثمن من الذي انقده من قبل نفسه على مبنى المشهور اذ توافقا على الشركة وتداخل الملكيتين ، واما على مبني صاحب الجواهر لا تكون الشركة العقدية متحققة لان من شرائط وجود الشركة ان يكون العقد جارياً

....

ومسبوقاً باختلاط المالين أو ملحوقاً ، ولم تتحقق اذ الشريك الآخر لم يكن له مال حتى يحصل الاختلاط ، وعلى هذا فان الطرف الآخر الذي لم يدفع المال تارة يبقى بذمته ويكون مديوناً لصاحب السلعة ففي هذا المقام لا بد وان يقول القوم بان الشركة متحققة في الديون وهذا مما ينكرونه اشد الانكار ، واما ان يقولوا بان الشركة متحققه من احدهما نقداً والآخر فقداً ، وهذا ايضاً لا يقولون به فالقائلون بالشركة كالقائلين بتحققه بالنقد متوقفون في هذه المسألة ، ولكن نحن في فسحة وذلك اولاً : للرواية الواردة في المقام ، وثانياً : للرواية الواردة ايضاً لو لم يكن لما قلنا ببطلانه ، لان العقلاء انما يعتبرون المال الموجود في ذمة الشخص نقداً في ذمة الشخص ويعاملونه معاملة النقد الموجود في صندوقهم ويرونه نقداً ويشتركون بهذا المال الموجود في الذمة ، وعلى هذا فلا فرق بين ان يكون المال موجوداً خارجياً أو موجوداً في الذمة ، لان الشركة متحققة بامر ذهني واما بعد تحققها يمكن لها الانطباق في الخارج ، وتارة ليس له انطباق في الخارج ، فان ذلك لا يكون مضراً في تحققت الشركة كما عرفت على مبنانا ، ولا يكون الوجود الخارجي للمال دخيلاً فى تحقق الشركة ، وبهذا اذا كان قسمة الشريك الذي لم ينقد الثمن بقي على ذمة الشريك ولكن يبقى على ذمة الشريك بمعنى ان صاحب السلعة اقرضه لتحقيق هذه الشركة .

فرع :

هو الفرع كالسابق ولكن بتفاوت آخر ، فان الذي نقد الثمن نقداً والآخر الذي لا مال له بعد ان اشترك مع الذي نقد الثمن ، ودفع البائع السلعة ولم يجعل الثمن ديناً لهذا الشريك الذي لم ينقد الثمن بل جعله لنفسه ، وكونه شريكاً مع الذي نقد الثمن كون العقد واقعاً بين الشريك الذي نقده الثمن والشريك الآخر

. . . .

الذي اعطى السلعة قصد كونه شريكاً مع المشتري النقدي ، وهذا لما ان من العقود لا بد من قبول الذي وجّه الثمن اليه نقداً والمفروض عدم قبوله في هذا المجال ، ولكن بناء على ان الشركة لا بد وان تتحقق بالخلط سابقاً على العقد اولاً حقاً وقصد البايع ان يكون هو الشريك ، فالخلط متحقق ، وحيث ان القبول لم يوجد من الشريك فتكون عند علمه بذلك شركة حكمية للشريك الثاني وشركة حقيقية للشريك الاول ، فتكون الآثار المترتبة على كل واحد غير الآثار المترتبة على الشريك الآخر ، كما هو واضح فالشريك الذي وقع له العقد يكون من الشركاء الحقيقيين ، والشريك الثاني يكون من الشركاء الحكميين ، ويترتب على ذلك الآثار المختصة به لان الاول مضمون العقد والثاني الاختلاط .

فرع :

كل شركة اذا اراد احد الشريكين التصرف في المال المشترك اذا كانت الشركة حكمية فلا بد له من الاذن من باقي الشركاء ، وان فوضوا تفويضاً عاماً فأيضاً لا بد وان يأذن له الشركاء في ذلك ، أو ان الوكيل المأذون له يأذن بالتصرف ، واما اذا اراد الوكيل المطلق اجراً على الاذن فان ذلك يحق له ، لان التصرف في مال الشركاء بدون اذنهم يكون تصرفاً غصبياً فلا يمكن الا ان يأذن الوكيل المفوض ، وان كان بحساب الاجرة ، هذا في الشركات الحكمية ، واما الشركات الحقيقية فتارة يريد احد الشركاء التصرف في ماله فيمكن له ذلك كما في الشركات العقدية في مقدار سهمه من الكل لا ازيد ، ان لم يكن اُشترط ان التصرف في اموال الشركة يكون بقرار منهم بالتصرف في اموالهم واما ذا اشترطوا كما هو المتعارف ان التصرف غير مأذون الا الذي فوض اليه الامر ، فحينئذ لا فرق بين الشركات العقدية والحكمية ، وقضية البنوك المتقدمة تكون من الشركات الحكمية .

. . . .

فرع :

فان الدلالين لبيع الاسهم من المصانع وذلك هو البنك أو غيره البنك يتكفل ببيع الاسهم من المصانع المعروضة للبيع ، ويبيع للناس أو يشتري لهم ، فان المال الذي يدفعه الى اصحاب المصانع انما يكون البيع لنفسه ، ثم يعود ان اشتري ببيعه الى المشتري ، او انه حين الاشتراء للاسهم انما يشتري للمشتري ويكون هو كالدلال لهذا والواسطة بين المشتري واصحاب المصانع ، والنتيجة واضحة ، اولاً لأن الواسطة اذا كان الاشتراء لنفسه كان هو الشريك الاول وعند ارادة بيعه للمشتري يكون سهم المشتري من المصنع وكونه شريكاً كباقي الشركاء اذا اراد بيعه الى المشتري يحتاج الى باقي الشركاء ، وثانياً ان هذا المصنع لو كانت له منافع متصلة أو منفصلة في هذا المورد وكان الواسطة للشراء هو المالك كان المالك هو الواسطة ، واما اذا كان المشتري هو المالك كانت المنافع رادة اليه وهكذا الخيارات الموجودة في هذا الشراء والضرائب اللاحقة لهذا الشراء ، أو غصبه غاصب أو غير ذلك فان الكلام كله يكون من هذا القبيل ، فان الوسائط يكونون ملاكاً للشيء ثم يرجع الى المشتري ، أو انهم آلة للاشتراء للمشتري ، ولو ان الامر يكون دائراً مدار قصد البائع والمشتري ، الا ان العرف يحكم من البائع ومن المشتري .

وفي هذا المجال لا بد من التفصيل ، فتارة تكون الدلالة للسهام يبيع لنفسه السهام ويعرض للبيع ، وتارة يكون مهيأً نفسه لمن يوصيه لاشتراء السهام ، اما الاول فواضح حيث ان الاسهم انما تكون للمشتري اولاً ويكون بائعاً لمن يريده ، واما الثاني فان الوسائط لا يكونون مشترين حقيقين للاسهم ، وانما هم وسائط للشركاء بحيث ان من اراد الشركة في أحد المصانع يذهب الى احدى الوسائط ويسئله اي مصنع له استفادة وفي اي مصنع قرر ان يضع سهامه في البورصة ، ويعد

. . . .

الاستشارة منه يريد اشتراء السهام من المصنع ، وحينئذ تارة يامره بـان يـتدخل لاشتراء اسهم خاصة من هذا المصنع الخاص فيكون وكيلاً للشراء ، ومن الواضح ان دليل الوكالة ينزل الوكيل منزلة الموكل وحيث ان هذا التنزيل موجود في الآثار المترتبة على النفع والخسارة فالارباح المنفصلة تكون للموكل ، هذا مـن نـاحية الوكيل واما اذ لم يوكله في شراء الاسهم وانما امـره بـالشراء دون التـوكيل فـهل يترتب عليه جميع آثار الوكالة ام لا فان الامر وان كان موجباً لبعث الامر الى الفعل ، ولكن هذا البعث لا يوجب تنزيل فعله بمنزلة الامر بل يكون البعث مجزياً للمأمور ، وفي هذا المجال لما كان الامر لا يقتضي النهي عن ضده فيمكن ان يكون الشراء لنفسه واعطى المال من الآمر ، فيكون الشراء للغير والمال من الغير اي الآمر ، ففي هذا المقام اذا قال الواسطة ان الشراء وقع للمشتري فيكون مُصَّدقاً لانه امين وعند التهمة فعليه اليمين ، واما ان قال باني اشتريته لنفسي فالشراء يكون حينئذ لنفسه ، ويكون مديونا لصاحب المال ان كان المال المؤدي من المشتري وان اشتراه لنفسه وثم يبيعه الى المشتري وكان الشراء لـنفسه مـن مـال المشـتري ، ويـبيعه عـلى المشتري فيكون الشراء صحيحاً لانه اشتراه لنفسه ولكن لم يكن مالكاً لثـمن مـا اشتراه، وحينئذ لو كان مخولاً من قبل المشتري في التصرف في الثـمن فـحينئذ يرجع الامر الى انه يشتريه لنفسه ثم يبيعه الى المشتري ويؤدي دينه بذلك ، واما اذا لم يكن مخولاً من المشتري في التصرف في الثمن فلا اشكال في ان تصرفه في الثمن يكون فضولياً وان قصد الشراء لنفسه ، لانه وان كان مأموراً من قبل المشتري للشراء إلا انه عصاه واشتراه لنفسه ، وان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده ، الا ان العصيان لا يوجب ضمان المال للمشتري من دون ان يكون الشراء للمشتري ويضمن المال وبعد الضمان يبيعه الى المشتري ويؤدي دينه ، وان اراد ان لا يبيعه

....

الى المشتري فهو مخير ولكن عليه اداء دينه من ماله كما هو الظاهر.

فرع:

لو اشترك جماعة كلهم بسهامهم المعينة لهم الحق في ان يستفيدوا من سهامهم لبناء الدور لهم، وذلك يساهمون في شركة ويعطون مقداراً من الاسهم، كل حسب ما يعينون الجمعية لهم، ولكن هذا المال المدفوع من قبل تلك الجمعية ليس بحد يمكن لهم ان يشتروا لهم داراً تكفي لسكناهم، ولكن الهيئة العامة التي جمع عندها المال يستغل المال بالتجارة وينتفع من هذا المال، وبعد الانتفاع، تشترى، وتبنى المباني لتلك الجماعة المشتركة ثم تقسمه بعدد المشتركين وهذه الهيئة الاجتماعية تارة عامة تقبل السهم لكل من يشارك فيه، وتارة تكون خاصة لعدة مخصوصة هم فقط يمكن لهم الاشتراك في ذلك دون العموم، وهذا النحو من المؤسسات لابد فيها من علم الشركاء وموافقتهم على ذلك العمل وهذا يكون في كلّ عمل يجري فيها اذ الموسسة لها مصارفها المختصة بها، والقيام بواجباتها من التجارة وادخار المال لصاحب الاسهم، وتعيين الفاضل من الاسهم وحساباتها الخاصة الذي أُسس هذا البناء لاجله، ويحتاج الى الموظفىّ وغير ذلك فان كل هؤلاء من اصحاب الاسهم فيه شركاء، لا يمكن اتخاذ ذلك الا بقرار الجميع أو وكيلهم المفوض، وان تملك بالحيازة في الاراضي البايرة مضافاً الى الامور الموجودة في التملك لهذه الاراضي، لا بد ان يكون الكل مشتركين فيه وكذلك التجارة التي يكون بهذه الاسهم يكون جميع اصحاب السهام مشتركين فيها، ولا يمكن لواحد منهم التصرف فيه الا برضا الباقين او اجازتهم الصريحة، وبهذا لا يجوز التصرف حتى في التجارة مقدمة لتوفير المال الا برضا الكل أو الوكيل المفوض، والوكيل المفوض لا بد وان يكون اميناً فلو اتهم بالتعدي لا بد وان

....

يحلف كما ذكر في محله ، وفي الحيازة التي يحوزها من الاراضي المباحة وان كان الوكيل المفوض يجوزها عنهم فاصحاب السهام ما لكون له ولم يكن الاهم الحائزين ، فلا بد من معاملة المال المشترك معه فلا يمكن للوكيل التصرف فيه الا باجازة الكل ، سواء كان من الشركات العامة أو الشركات الخصوصية وهكذا جميع التعاونيات ، اسس لغرض البناء في اصل تجارتهم بكون الافراد مالكين حتى البضائع التي يستوردونها لبيعها لا بد ان يكون برضا المجتمع الذي اسست هذه المؤسسة لاجلهم ، وبهذه الجهة وان كان الوكيل وكيلاً مفوضاً لا ان هذه الوكالة لا بد وان يكون لها حد في العرف وتحديدها العرفي لا بد وان يراعي بذلك ، ولا يمكن الاخذ باطلاقه ، الا ما كان دخيلاً في الآثار التي اسست هذه المؤسسة لاجلها وكذلك لو حصل لهذه المؤسسة ارباح تكون للجميع أو حصل خسارة فلا بد وان يكونوا هم المسؤولون عن ذلك ، وكذلك يكون المسؤول الشخصية الحقيقية لان السلطنة موضعة عليهم بما انهم اصحاب السهام ، فلا يمكن ان لا تتوجه الامور الا اليهم ، وهكذا العوائد الحاصلة لهم يكونون هم المالكون لجميع الخصوصيات الواردة على اسهمهم لا الوكلاء المفوضون ، الا ان الوكلاء انما يكونون آلةً لخبرتهم بهذه الجهة ، وعليه فلو لحق ضرر على شركتهم أو تلف من شركتهم شيىء فان كان مع تعدي وتفريط الوكيل الامين كان الوكيل ضامناً وهو خائن ، واما اذ تلف بدون التعدي والتفريط لم يضمن الوكيل بل الخسارة تكون على رأس المال والشركاء ، وحينئذ فلو اتلف مال الشركة متلف لا يضر بالشركة بل الشركة باقية ويجب على المتلف خسارة اتلافه ، ويطلب الخسارة كل من له سهم في هذه الشركة فيتعدد الضمان على حسب تعدد الاسهم المفروضة في هذه الشركة ، وكذلك فلو ادى الى اي واحد منهم ما اتلفه يخرج من الضمان ، ويكون

....

الاخذ مورداً لباقي الشركاء ، فالمتلف يخرج من الضمان ويكون الاخذ باخذه يوجب فراغ ذمة الغاصب ،كما هو في تعاقب الايادي لانه المخول لتحصيل رضا باقي الشركاء ، وعلى هذا فان هذه الشركة كبيرة كانت أو كانت منحصرة لعدة خاصة انما لعبرة بالافراد المشتركين فيها ، والعبرة بهم يوجب ان الكل مسؤلون عن هذه الشركة ، والشركة مسؤولة عن الكل والعبرة بالافراد الواجدين للاسهم .

فرع :

لانحلال الشركات كبيرة كانت أو صغيرة بمعنى انه بعد انعقاد الشركة بالعقد او كانت شركة بالاختلاط ولكن لم يكن عقد وانما جمعوا الاموال باختلاط الاموال ، فليس لهم انحلال الا ان يتفاسخاً ويقسم بينهما ، واذا تفاسخا ولكن لم يكن قسمة بينهم لا تكون الشركة منحلة ، وتكون الشركة الحكمية موجودة من دون ان يكون الحل عدم جواز تصرف باقي الشركاء في مال الشركة ، ولا الاسهم تنحصر بمن بقي منهم بل ما داموا لم يقسموا يكون الفاسخ شريكاً لهم في الربح والخسارة ،كما هو الظاهر من الشركات الحقيقية والحكمية .

وحينئذ لا يمكن انحلال الشركة الا ان يفسخ العقد ويقسم المال فلو فعل احدهما دون الآخر تبقى الشركة على ما هي عليه .

فرع : الشركات تختلف باختلاف كيفية الشركة بين الشركاء حسب شروطهم التي يتوافقون عليها ، فتارة تكون الشركات الموجودة على ان يكون رأس مالهم فقط اعيانياً لا مالياً ، فان الشركاء يحكمون بان على واحد من الشركاء تزويدهم بالمال ، ويكون على غيرهم تزويدهم بالبناء فاذا احتاجوا الى الاموال النقد تكون على عاتق واحد منهم تزويدهم بمال النقد ، وان احتاجوا الى محل للتجارة كان على شريك آخر تزويدهم بالمكان الذي يتجرون به ، واذا احتاجوا الى مخزن

....

لتجارتهم كان على الثالث تزويدهم بذلك ، واذا احتاجوا الى من يتكفل البيع لهم يكون على عاتق رابعهم القيام بهذه المهمة ، فيكون الشركاء الاربعة أو الخمسة كل واحد منهم له مهمة تغاير المهمة التي على عاتق الآخر ، مع انهم كلهم شركاء في التجارة كما يمكن ان يكون الربح الحاصل لكل واحد منهم غير الربح الحاصل للشريك الآخر في هذه التجارة ، وان كان عمل كل واحد منهما على تجارة واحدة ، ولكن الارباح الحاصلة مختلفة حسب اختلافهم في الشروط المذكورة حين اشتراكهم ، وعلى هذا كما ان امدادهم بالمال انما يكون ايضاً مختلفاً كما ذكرنا .

فرع :

لو كان لاحدهما المال واشترك مع آخر يكون الذي له المال تزويد صاحبه بالاموال ويكون شريكاً في الارباح الحاصلة من هذه الاموال بالنصف مثلاً ، وبعد ان استربح بهذه الاموال التي يزود بها شريكه يكون كلما حصل على شيء شريكاً مع صاحب المال ، وعلى هذا فيكون هذا النحو اولاً يكون بنحو المضاربة ، ولكنها شركة ، ولكن في هذا النحو من الشركة لا يكون لاحد الشريكين مال يشارك الآخر في ماله وانما له العمل وبعد ان كان الربح للعامل معلوماً وبعد حصول الربح له من العمل الذي يعمل في المال يكون شريكاً للمالك في النصف من الربح الحاصل له ، وفي هذاتكون المجال لا يكون شبهة الشركة في الاعمال لان العامل يعمل باجرة معلومة وبعد تحقق الاجرة له وتملكه للاجرة يكون نصفه شريكاً مع المالك في رأس المال ، وعلى هذا لا يكون من شركة الاعمال .

فرع :

المالك له اموال وهذه الاموال كلها عيناً او بضاعة أو عروضاً ، ويريد ان

....

يشارك الغير في هذه الاموال ، والغير ايضاً له اموال ونقد أو عروضاً كصاحبه وعقد الشركة في جميع هذه الاموال وجميع هذه الاموال ، تكون شركة اشاعية ، ولا يلزم ان تكون الشركة معلومة ، لان العلم بالشركة انما يحتاج في مورد لا يؤول الى العلم ، واما اذا ادى الى العلم فلا يكون غررياً ، وهذا المعنى انه مع العلم بان كلما يكون مالكاً له شريكاً مع شركائه فلا يكون غررياً ، وحينئذ لو اشترك الشركاء في امواله فهل يستثني من امواله شيء عرفاً ، او ان جميع امواله تكون مشتركة مع الشركاء ؟ ويمكن ان يقسم الشركات لمتداولة الى سبعة اقسام ، وهذا التقسيم باعتبار نسبة الشركاء كل واحد مع الشركاء الآخرين ، وكل واحد من هذه الاقسام يتفرع عنه فروع متعددة :

الاول : الشركة المحدودة وتكون المسؤولية فيها محدودة باعتبار رأس المال الموجود عندهم فيقال بانه شركة محدودة برأس مالهم وليس لهم ضمان زائد عن رأس المال الموجود لديهم .

الثاني : الشركاء الذين يكون لهم ضمانات خارجة عن مقدار رأس مالهم فان هذه الشركات انما يشتركون في امور كثيرة خارجة عن مقدار رأس مالهم باعتبار الواردة على الشركاء من جهة انهم بتشكيل الشركة يكون لهم اعتبار وهذا الاعتبار مما يبذل بازائه المال من قبل البنوك التي لها حسابات مع البنوك ، فتكون الاموال متوفرة لهذه البنوك والشركاء ويشتغلون بجميع الاشغال المتوفرة لهم باعتبار الديون التي يقرضها البنك لهم .

فالشركة المحدودة هي شركة تنعقد بين افراد متعددين ، ويكون الشركاء الذين هم شركاء في هذه الشركة لم يبين حدهم في هذه الشركة ، بمعنى ان الشركة الحقيقية منعقدة لديهم ، وهذه الشركة الحقيقية واردة بلحاظ رأس مال المؤدى ،

. . . .

وتكون هذه الشركة غير ممكنة الا ان يكون الافراد الواردين عليه على هذه الشركة لا يتجاوزون عدد الاصابع ، وانما أشكل لاجل التجارة ولا تكون هذه الشركة اذا تجاوز الشركاء الثلاثة او الاربعة ، الا ان هذه الشركة لا تكون في قانونهم الذي يكتبونه ولا تسمى باسم احد من الشركاء ، بل تسمى بالشركة المحدودة وحيث ان هذه الشركة عبارة عن الشركة في السلطنة والملكية فلا بد وان تكون الاموال التي تكون رأس مال الشركة مؤداة كان من الاموال النقدية أوكانت من العروض ، وفقط لا يكونون مسؤلين الا بمقدار رأس مالهم ، ولا يرتكبون في التجارة الا بمقدار رأس مالهم كما تقدم ، ولا بد وان يكون رأس المال المودى معيناً ، بان المقدار المعين يكون نقداً والمقدار المعين يكون عروضاً ، وهذه الجهة من الواجبات في الشركة المحدودة ، وهذه الشركة وان كانت في القانون الموجود يقدر بعشرة سنوات ، الا ان هذا التحديد لا بد وان ينظر فيه في الموارد التي نتكلم بان هذا الشرط هل يجب اتباعه ام لا ، فسوف، نتكلم في ذلك عند تعرض الماتن لذلك ، فان مقدار السهم من الشركة قلنا بانه لا بد وان يعين ، ولكن الكلام فيما اذا لم يعينوا ذلك ، فالقانون يحكم ببطلان هذه الشركة والحال ان الشرع لا يمكن له الحكم ببطلان هذه الشركة الا بعد القسمة .

وهكذا فان القانون المتداول فعلاً يحكم بان الشركاء لا بد وان يقدروا سهم الشركة سواء كان نقداً وعروضاً بل لابد وان يعين ، فان خالفوا هذا الشرط تكون الشركة باطلة ، والحال ان في الشركات الحقيقية لا تحتاج شرعاً لهذه الجهة لان الشركة لا بد وان تقع بين السلطنتين وهذا لا يحتاج الى رأس المال ، فيكف بتعيينه وهذه الجهة لا بد وان يتعرض لها في القانون ، ولكن القيد في القانون ان هذا البطلان لا يكونون مسؤولين في نظر المشتري وانما هو عندهم وهو الحق ، لان

. . . .

الشركات الحقيقية يكون طبعها كذلك.

القانون المتداول فعلاً ان في صورة بطلان الشركة يكون الوكلاء القائمون باعمال الشركة هم الضامنون للمطالبات، اذ هم المسؤلون في هذه الشركة، وتضرره في قبال المشترين، نعم هو كذلك لانهم الامناء وقاعدة الامين لا يكون ضامناً ان كان التالف بدون التعدي والتفريط، وحينئذ لو كان القصور في ناحية الشركاء بحيث كان الواجب على الشركاء ان يفعلوا الواجب عليهم وان يتفقوا على ما تحتاج الشركة اليه ولم يتفقوا على هذا الامر، وتضررت الشركة بذلك، لا يكون من بيدهم امور الشركة غير ضامنين لهذه الاضرار، لان على اصحاب الشركة ان يرفعوا هذا الضرر الوارد على الشركة، فمثلاً لا بد وان يعينوا اصحاب الأسهم مقدار النقد الذي تكون الشركة واجدة وكذلك مقدار المال الناضج لا بد وان يعينوا في رأس مال الشركة اذ لو لم يعينوا وجب بطلان الشركة قانوناً، وتعقب هذا البطلان تضرر الشركة بهذا، فهذا الضرر الوارد على هذه الشركة لا يكون القائمون بادارة امور الشركة غير مسؤولين عن ذلك، فلا بد وان يكون المسؤلون اصحاب الاسهم الذين اوجبوا هذا الضرر، واما اذا كان القائمون بادارة الشركه اشتروا شيئاً اوجب الضرر على هذه الشركة وذلك بان الجنس الذي اشتروا منه كان لو خلي وطبعه موجباً لانتفاع الشركة، ولكن من جهة تنزل السوق مثلاً أو لكثرة الاستيراد من هذه المادة اوجب تضرر الشركة، أوجب انكسار الشركة مثلاً فأيضاً القائمون باعمال الشركة لا يكونون مسؤولين عن هذا الضرر الوارد على هذه الشركات، بل المسؤول هم اصحاب السهام الذين برأس مالهم اقاموا هذه الشركة لان القائمين بامر الشركة امناء امانتهم لا توجب ان يتحملوا الضرر الوارد على هذه الشركة، نعم لو كان القائمون بامر هذه الشركة على علم بان المال الموجود يوجب الضرر الوارد

....

على هذه الشركة واصروا على ذلك ، وكان العرف حاكماً بان هذا الفعل يوجب الضرر على الشركة وكانوا ايضاً هم معترفون بان الفعل الفلاني يوجب الضرر على الشركة كانوا هم المسؤولين بهذا الضرر الوارد على هذه الشركة ، اذا اعترفوا بذلك ، واما اذا لم يعترفوا وقال اصحاب الاسهم انكم مع العلم بان هذا يوجب الضرر الوارد على الشركة ومع ذلك قالوا باناكنا على الميزان العادي للتجارة فان الملاك يكون لهم الحلف ، وحيث حلفوا لا يكونوا ضامنين للشركة اصلاً ، كما بيناه في الكتاب بتفصيله .

وحينئذ الضامن الاول لهذه الاضرار اولاً وبالذات هم الشركاء اي اصحاب الاسهم اذ هم المسؤولون عن قيام هذه الشركة ، وهم المسؤولون عن التعامل مع الناس مع هذه الشركة ، وكلما عينوا مدراء للشركة فان المدراء يكونون من قبلهم ، وهذا لا يوجب ان يكون المدراء مسؤولين عن التعامل مع الناس لان الوكيل انما ينفذ حكمه لكونه نازلاً منزلة الموكل ، واذا كان دليل التنزيل شاملاً له فلا بد وان يكون المالك مسؤولاً حتى يتعدى الى من هو نازلاً لمنزلته ، وعليه فلا ضمان في الخسارات التي تكون على عاتق المالك ، وثم بدليل التنزيل يتنزل بمنزلة المالك ، وحيث كان الامر كذلك فلا يكون المدراء الا ضامنين للاضرار الواردة على المتعاملين مع الشركة اذا كانوا متصرفين مع التعدي والتفريط ، فيكون الضمان من الامناء وضمان الامناء يسرى الى اصحاب الاسهم ، وتكون قاعدة على اليد حَكَماً بان الضمان يكون على الكل ولكن يستقر على من بيده التلف ، كما قدمناه مفصلاً في الكتاب الاول في المضاربة فراجع ، ولكن الكل يكون الضمان متكفلاً لهم على النحو الذي تقدمناه بذلك ، وينص القانون ان مدة الضمان تكون عشرة سنوات ولكن الامر لا يكون كذلك فان مع التضرر يكون المتضررون يمكن لهم الاخذ

....

بالاضرار الواردة عليهم ، الا ان يكونوا قد اشترطوا ان يعطوا المدة الى مدة معينة ولكن مع عدم الاشتراط ، فالمدراء الذين يعينونه لا بد وان يكونوا هم الامناء كيفما اشترطوا لهم الاختيار ، فان هؤلاء الامناء امناء في ذلك .

فرع :

الشركة المحدودة بالاعتبار الذي اعتبرناه بان تكون شركة حقيقية يمكن لكل واحد من الشركاء التصرف في سهمه ، كما ينص عليه القانون لان الشركة الحقيقية تكون شاملة لذلك دون الشركات الحكمية .

القسم الثاني : حسب تقسيماتنا تكون الشركة تضامنية ، والشركة التضامنية تكون لاجل التجارة ، كلما كان عدد الشركاء في تلك الشركة كل واحد من الافراد الداخلين في هذه الشركة لا بد وان يكونوا ملتزمين بالديون الواردة على تجارتهم عندما يتجرون على رأس المال الموجود لديهم ، حيث انهم مؤيدون من قبل المتعاملين معهم ويكونوا ايضاً مؤيدين من قبل المصارف الموجودة ويكونون مديونين لهؤلاء المتعاملين أو البنوك ، وحيثما عقد الشركة فكل الشركاء ملتزمون لدفع هذه المبالغ الى الداينين كما هو في الشركات الحقيقية ، وان لم يكن رأس مال الشركة وافياً لاداء الديون فان كل واحد من الشركاء ملزم باداء الدين الذي داين الشركة بذلك وهو كذلك في الشركات الحقيقية كما اسلفنا ، لان الشركة عبارة عن تبادل السلطنتين فلو لم يكن رأس مال الشركة كافياً لاداء الديون يكون الشركاء ملزمين بهذا الدفع كما هو الحق .

فرع :

الشركة التضامنية لا بد وان تكون السهم مؤدية في الشركة التضامنية ولا بد ان تكون اسهم الشركاء معلومة ، وكل ما عندهم من الاسهم الغير نقدية لا بد وان

. . . .

يكون مبينة من قيمة العروض وسنخه ، والمنافع في الشركة التضامنية يمكن ان يعطي في كل نفع الشركاء بمقدار اسهمهم ، ويمكن ان يجعلوه ذخيرة للشركة كيفما اراد الشركاء .

فرع :

ما دامت الشركة باقية فالدائنون يطالبون الشركة بديونهم فهم المسؤولون عن الديون الموجودة لديهم ، واما اذا انحلت الشركة يمكن للدائنين ان يطالبوا كل واحد من الشركاء في ديونهم ان لم يكن هناك قسمة ، واما اذا اقتسموا فلا بد ان يجعلوا القسمة في سهام المجموع حتى يرى كل واحد من الدئانين ان يراجع الى كل واحد منهم في اداء دينه ، وما لم تكن القسمة تكون الدائنون مخيرين في الرجوع باي واحد من المساهمين في الشركة واما بعد القسمة فقد عرفت ان القسمة ايضاً ترجع الى الديان ايضاً وعند عدم القسمة يمكن للديان الرجوع الى اي واحد من المساهمين في الشركة وليس له العذر بان سهمه لا يبلغ بقدر الدين لان الشركة الحقيقية شأنها ذلك ، ولكن ان حصلت بينهما القسمة ، فان الامر يختلف لان القسمة كما انها موفية لاسهم الشركاء ، لا بد وان تكون موفية لسهم الديان والاكانت القسمة باطلة ، ولا تكون الشركة منقسمة الا اذا انقسمت الشركة والديون حسب الاسهم المربوطة مع الشركة ، وبهذا تكون القسمة صحيحة ويكون الدائنون شركاء في المال المنقسم في الشركة على حد التقسيم الموجود في القسمة .

فرع :

اذا ضمن أحُد الشركاء الديون الواردة على الشركاء كلهم او بعضهم تكون هذه الديون واردة عليه مضافاً الى سهمه من الديون ، لان الضامن بضمانته يجعل

....

المديون بريئاً من دينه ، ويكون الضامن على عاتقه الدين المضمون له ، مضافاً الى دينه الذي لا بد وان يتحمل هو ذلك ، ولا يكون المديون بعد الضمان مديوناً بهذا الدين اصلاً حتى ولو لم يمكن للضامن ان يوفي دين المضمون عنه لا يمكن الرجوع الى المديون المضمون عنه ، كما هو محقق في الضمان ، بنحوا الاطلاق كان المديون ضامنا للدين قبل الضمان وبعد الضمان ، واما اذا ضمن في بعض ديونه دون بعض تكفل الضمان به دون كلية الضمانات وهذه جهة لا بد من الاشعار بها .

فرع :

بعد ان كانت الشركة الحقيقية عبارة عن تداخل السلطنتين والملكيتين فانحلال الشركة حيث ان انحلالها يعني التصرف في حقوق باقي الشركاء فلا بد من رضا الكل على ذلك لان الكل مسلط على ما يملكه ولكن بسلطنة ناقصة ، وكذلك اليد الموجودة له بيد ناقصة ، وعلى هذا فهذه اليد والسلطنة الناقصة توجب ان تكون في بعض آثارها ناقصة ، وفي بعض آثارها تامة ، ولذلك فالتصرفات الموجودة لكل ذي سهم مثلاً يكون هذه اليد توجب ان يكون قادراً على بيعه والتصرفات التي تكون واجدة لها ، ولكن هذه التصرفات لا يمكن ان يكون خلاف الامتنان في حق شريكه فان نفس هذا الاطلاق ليس له اطلاق يوجب خلاف الامتنان في حق شريكه ولو لم يكن موجباً لضرره بل نفس السلطنة الموجودة لكل واحد من الشركاء ، ونفس هذا الشريك ليس له اطلاق يوجب خلاف الامتنان في حق شريكه ، فلهذا لا يمكن لكل واحد من الشركاء انحلال الشركة الا برضاه باقي الشركاء اذ بعد انعقاد الشركة حكمياً كان أو حقيقياً فان العقد ولو قلنا بوجوب الوفاء به كما صار اليه صاحب الجواهر فذلك واضح واما لو قلنا بجوازه كما ذهب

. . . .

اليه المشهور « رضوان الله تعالى عليهم » فان القائلين بالجواز انما يقولون بان السلطنتين تتداخلان وتداخل الملكيتين لما كانت امتنانياً لا يمكن ان لا يكون امتنانياً ، وامتنانيته تقتضي ان لا يكون التصرف فيه خلافَ على الامتنان في حق الغير ، وانحلال الشركة وفسخه من جميع النواحي لا يمكن الا ان يكون برضا الكل واما في انحلاله بطرف واحد فأيضاً لا بد وان يكون التصرف غير موجب لخلاف الامتنان للغير من الشركاء ، وحينئذ وان قلنا بجواز الشركة ايضاً يكون الامر كما قلنا أن الفسخ لا يوجب خلاف الامتنان للغير.

فرع :

بعد ان قلنا بان الشركة عبارة عن تداخل السلطنتين والملكيتين فبعد تداخل الاملاك يكون كل شريك بالنسبة الى الديون الواردة على الشركة (يكون هذا الشريك بالنسبة الى باقي الشركاء ايضاً) ضامناً لديون الشركة ، كما ان الباقي ايضاً ضامناً للديون الواردة على الشركة فكل الشركاء باجمعهم ضامنون للديون الواردة على الشركة كما هو واضح .

فرع :

واضح ان كل تصرف من الشركاء لا بد وان يكون برضا جميع الشركاء ما دامت الشركة باقية فاذا اراد احد الشركاء النظر الى ما صارت اليه الشركة يحق له ولا يمكن ان يكون احد الشركاء متكفلاً لمنعه لانه سلطان على الشركة كباقي الشركاء .

فرع :

يحق للشريك ان يبيع حصته لشخص اجنبي ، وهذا في الشركات الحقيقية ، ولكن بيعه لا يكون الا بيعاً للمقدار المشاع ، وحيث ان جواز بيعه بمقدار السهام

....

التي له بالاشاعة فان الاشاعة تقتضي ان يكون شريكاً كالاول في التصرف على نحو التصرف الذي كان البايع يمكن له التصرف في مقدار السهام التي كان يملكها ، سواء كانت الشركة شركة محدودة أو شركة تضامنية ، بحيث ان الشركة التي اسست لاجل التجارة كان كل واحد من الشركاء له الحق ان يبيع حصته او الحصص التي يملكها لشخص آخر مع القسمة ، نعم لا بد له من جلب رضاهم بالقسمة ، وحينئذ يكون كواحد من الشركاء له الحق في ان يكون متداخلاً في هذه الشركة كباقي الشركاء الا ان يشترط من الاول ، انه لا يمكن لكل واحد بيع نصيبه فذلك امر آخر لا بد من التعرض له في متن العقد كما سيجيء التعرض له في اكثر الموارد .

القسم الثالث : من اقسام الشركة هي الشركة التي تسمى بالشركة السهامية العامة وهي عبارة عن شركة منقسمة متحققة بالاسهم ، والقانون يجعل مسؤولية الاشخاص بمقدار سهمهم في هذه الشركة ، ولكنه خلاف الاجماع والاصول المحققة لانه على مبني صاحب الجواهر فيكون بعد الاختلاط موجباً لان يكون شركة حكمية لا يتصور فيها ان يكون الحق لكل واحد بمقدار سهمه ، لانه بالاختلاط يوجب ان يكون بنفس الاختلاط كل واحد له السهم ولا يمكن التصرف في الباقين في هذا المال المختلط الا برضا الباقين ، واما على مبنانا ولو لم يكن عقد ولكن بنفس الاختلاط يوجب ان تكون السلطنات متداخلة ، وهذا الاختلاط يوجب ان يكون كل واحد له يد ناقصة على الموارد التي يكون في ذلك المورد ذويد للآخر في ذلك ، وعلى هذا تكون شركة حقيقية يترتب عليها آثار الشركة الحقيقية وهذا لا فرق في ان تنعقد الشركة باي مقدار من الشركاء ، ولكن حيث يقال بانها شركة عامة فعمومه يقتضي ان لا يقل من ثلاثة وحينئذ لا يمكن ان يتشكل الشركة السّهامية العامة الا باقل من ثلاثة ، وهذه الشركة انما يكون الرأس

. . . .

المال الموجود فيها على نحو يشترك فيه جميع الناس في ذلك وذلك بانهم يعلنون بانا قاصدون ببيع السهام لكل من يشتري منهم ، سواء كان لاجل التجارة او لاجل المصانع ، ولا بد وان تكون السهام نقداً وان لم تكن نقداً فلا بد وان يكون الاسناد الذي يعتبر كونه نقداً يذخر عند من يقوم بعمل الشركة او عند البنوك التي تكون مورد معاملة الشركة معه ، وهذا مما لا اشكال فيه فيعتبر ان يكون مقدار السهام معلوماً وتعداد السهام ايضاً معلوماً وتعيين مدة الشركة ، وهذه الجهة لا بد وان يبحث عن ذلك في الشرط وبعد ان باعوا أوراق القرضة وكملت السهام المحتاج اليها في اصل الشركة ، فأن هذه الاموال تختلط وباختلاطه يوجب الشركة الحكمية على مبنى صاحب الجواهر ويكون شركة حقيقية على مبنانا وحينئذ تترتب عليه الامور التالية على هذه الشركة التى تكون سهامية عامة .

اولاً : اذا صدر ورقة السهام معناه ان الواجد لهذه الورقة ، يتعين انه هو الواجد لمقدار من السهام من هذه الشركة ، وانه الملك للواجد لهذه الاسهم ، فيمكن له بيعه على أي شخص كان ، لانه المالك له ، فيمكن له بيعه تماماً أو بيعه مقداراً منه ، وعند بيعه كسائر الحوائج يعرضها للبيع ، فيمكن له ان يعرضها للبيع مباشرة ، أو ان يبيعها الدلال .

فرع :

وهو ان تأسيس الشركة يحتاج الى مال لا يمكن جمعه باعتبار السهام التي يبيعونها ، فيحتاجون الى الاقتراض من الناس فالشركة توافق على طبع اوراق تسمى باوراق القرضة ، وهذه الاوراق تارة باعتبار انهم يستفيدون من هذا المال الجائي من اوراق القرضة ، ثم يرجعون الاصل الى من اقرض منه ، وحيث انهم محتاجون الى المال لتمشية امورهم فيكون المال عرضة لاستخدامه لاغراضهم

....

التجارية ، ويحكمون بان من اقرضهم يدفعون الربح مع الاصل في المدة المعلومة ، اما لقرض بعنوان الشركة ويملك الشركة بالقروض التي تجبي من الافراد وتملكها الشركة بضمان ، أو ان الشركة عند دفعها يربح المقرض وهذا مما لا اشكال فيه ، لان المقرض انما يعطي على الدافع من دون ان يكون الشرط منه ، وان الداعي على الاقراض لو فرضنا انما هو اعطاء الربح ، ولكن هذا الداعي لا يمكن ان يكون مشروطاً في معاملة الاقراض الا ان الباعث الى الاقراض لو قلنا بانه يكون ربحاً للقرض ، ولكن لا يعد هذا ربحاً للقرض ، لان القرض انما يستقيم بالاوراق القرضية فتملكها الشركة ، والربح انما يأتي من رأس مال الشركة (ورأس مال الشركة) ، فالشركة انما اقرضت لسد النقص المالي ، والربح انما يكون ربحاً للتجارة التي سدت هذه النقص ، فتكون مضاربة بقدر معين من المال ، وهذه الجهة توجب ان تكون مضاربة لا ربحاً للقرض وهذا مما لا اشكال فيه .

وهناك امر آخر وهو ان الشركة تكون مقترضة للناس ، ويحكم بان كل من قرضها يكون شريكاً في المصنع ، وذلك عبارة عن بيع سهام بهذه الاقراض ، ولا يكون ذلك قرضاً ، بل يكون بيعاً للسهام من جهة احتياجهم للاموال الموجودة ، ولا يكفي ما هو موجود لديهم ، وعلى هذا فاخذ هذا الربح لا يكون فيه اشكال ، لان الربح لا يكون للقرض ، بل هو بيع للسهام ، بهذا الاسم وهذة الشركة السهامية تكون عبارة عن الشركة الحقيقية للاتجار بهذا الاسم .

فرع :

الضرر الوارد على الشركاء انما يكون على الجميع ، سواء كان واحداً منهم يشتغل وبعضهم لا يشتغلون فان الضرر وارد على جميع الشركاء ، ولكن اذا شُرط بان الضرر الوارد على رأس المال يشترك فيه يرد على بعض دون بعض ، فان ذلك

....

حسب الشروط التي تكون مقررة من قبل الشركاء فيتبع ، ولا يكون الشرط على خلاف مقتضي العقد كما نبهنا على ذلك في باب المضاربة ، كما ان اشتراط الربح لاجنبي لا يكون شريكاً مع الملاك فائضاً مما لا اشكال فيه ، لان الشركة لا تدور مدار الربح ، او انها تدور مدار العمل ، فان الموضوع في الشركه هو ان يكون اجتماع حقوق الملاك في شيء واحد ، ويكون له الموضوعية في ذلك ، اذا اعتبرنا هذه الجهة ، فلا تكون الشروط كونه عاطلاً او شاغلاً فيه فلا موضوعية كذلك ، الا ان يستشكل في اصل جواز الاشتراط كذلك وذلك سيأتي التعرض له ، كذلك لا يكون الربح او عدم الربح ليس له مداراً ، حتى يقال بان مداره العمل المربح ، فلو لم يربح في شراكته لا يكون له حق في هذه الشركة ، بل هو المدار كما قلنا ، وشمول ادلة الشركة هو ما قلنا من دون نظر الى هذه الخصوصيات ، كما هو الظاهر من الروايات الواردة في الباب .

وعليه فاذا عممنا ايجاب الشروط في هذا المورد كان الكلام كما هو الظاهر من الروايات الواردة في الباب هو هذه الجهة ، وليس المدار على الجهات الاخرى التي تعرض لها صاحب الجواهر ، لانه في اصل تعريف الشركة اوجب على نفسه اجمالاً فاوجب الاجمال في هذه الموارد .

فرع :

اشترك الشركاء على رأس مال كان يساوي الفين ، وبشركتهما شرطا عدم القسمة ، الى زمان خاص فهل يكون هذا الشرط صيحاً ، فان مفاد هذا الشرط الى وجود السلطنة على الشركة بينهما الى زمان معين ، وهو كذلك لان وجود السلطنة لا يكون شرطاً مخالفاً لمقتضي العقد ، ولازم هذا الشرط سقوط سلطنة الشركاء الى زمان خاص ، نظير شرط الفعل ، ولا بأس بمثل هذا الشرط بمقتضى القواعد

....

في سائر الموارد ، ولو من جهة عدم اقتضاء السلطنة بالنسبة الى احد طرفي وجود المتعلق وعدمه ، فلا ينافي مع وجود المقتضي لزومه ، كما حققناه في كتاب المضاربة وبعد التفصيل في الكتاب الاول لا مجال للتفصيل في المقام لان الفروع الواجدة لها الشركة بمقدار من التفصيل لا يكون مجالاً لذكر الاصول الموضوعية في المقام مضافاً الى ما نستذكره عند كلام المصنف لختم هذه القصة في المقام .

فرع :

فان شرط عدم القسمة أو شرط عدم الفسخ كما قلنا انما يستقيم على مبنى صاحب الجواهر الذي يقول باللزوم في عقد الشركة ، وانه مخالف لمقتضى العقد او انه لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد ، واما بناءً على مبنى المشهور ، من ان العقد يكون جائزاً لانه يكون من تداخل السلطنتين كما بيناه في أول الكتاب ، فلا يكون الكلام في شرط عدم الفسخ أو شرط عدم السلطنة على القسمة فلا يكون مورد الايراد ، لان المشهور في هذه الموارد يحكمون ببطلان الشرط ، لقولهم بان الشروط في العقود غير لازمة الوفاء ، وقد اجبنا عنه في الكتاب الاول وكيفية التوفيق بين كلام المشهور والشروط الجائزة على تفصيل تقدم .

فرع :

لا يصح التصرف لاحدهما بدون أذن الآخر عند تحقق الشركة بغير العقد من سائر الاسباب من أرث أو تصرف بحيازة أو اغتراف ماء أو مقر قناة ، أو اختلاط قهري بين ماليهما ، بحيث لا يتميز عن الآخر ، أو ان الشركات الموجودة فعلاً في البنوك لان كل من يودع ماله في البنوك تختلط الاموال معاً من دون ان يكون هناك عقد ، وهكذا الشركة المساهمة ، والشركات التي تسمى بالشركات التضمينية أو الشركات الموجودة فعلاً ، بحيث يكون لكل منهما رأس مال ويشتركان في التجارة

....

فان في كل هذه الامور لا يجوز التصرف لكل واحد منهما الا مع الاذن من باقي الشركاء ، واغلب الشركات الموجودة فعلاً تكون من هذا القبيل ولا يكون مدار عدم جواز التصرف لكل واحد من الشركاء في ان يكون رأس المال المؤدى نقداً او عروضاً ، كما في الارث أو الحيازة أو غير ذلك ، فان هذه الشركات القهرية يكون امرها على هذا المنوال ولا يمكن ان يكون التصرف الا برضا الشركاء الآخرين ، ولذلك حكمنا بان القرض من البنك الذي يعطيه مدير البنك من الاموال المشتركة حيث لا يجوز له التصرف في هذا المال المشترك ، فاذا اذن له المودع اذناً عاماً في التصرف في هذا المال يمكن ان يفرض للمقترض ربحاً على تصرفه في المال المشترك ، ويكون الربح لنفسه لاقامة هذه المؤسسة أو ان يحكم بان التصرف في هذا المال لاجل نفسه من دون ان يكون ذلك الربح لنفسه لاقامة هذه المؤسسة ، أو ان يحكم بان بالتصرف في هذا المال لاجل نفسه من دون ان يكون ذلك الربح داخلاً في مال من خرج عنه المال حتى يكون ذلك ، فيكون مدير المؤسسة صاحب بضاعة لاجل من يريد المال فيعطيه مع الربح الذي ياخذه منه كما تقدم .

فرع :

واما الشركة العقدية فعلى قول صاحب الجواهر من كون الشركة الحقيقية حاصلة من عقدها ، غاية الامر بشرط الاختلاط يقتضي عقدها ترخيص غيره في التصرف فتكون الشركة العقدية ايضاً حكم سائر اسباب الشركة القهرية أو الاختيارية وذلك من الواضح ان على ما صار اليه صاحب الجواهر فانه لما كان بنائه على ان الشركه متحققه بالاختلاط فقهراً هذا الاختلاط يوجب ان لا يبقى بينه وبين الشركات القهرية فرق . وعند انعقاده لا يوجب ان يكون احده الشريكين متصرفاً بدون اذن الآخر وهذا بخلاف المشهور حيث ان العقد يوجب جواز

....

تصرف كل واحد من الشريكين في المال بالعقد وببطلانه يوجب زوال هذا الاذن . واما الشركه الحقيقية موجودة والا فالشركة الحقيقية انما حصلت بالأختلاط بين السلطنتين محضاً وهذه السلطنة المختلطة بلا مدخلية للعقد فيه اصلاً كما هو الظاهر كما قلنا من جامع المقاصد والرياض وغيرهما وهو الذي نقول به ايضاً وبهذا يمكن .

فرع :

لو مزجا ماليهما للتجارة واجيز لكل واحد منهما التصرف بالتجارة وهذا التصرف لاجل التجارة كان بينهما دائراً ثم اراد احدهما فسخ الشركه فان الشركة وان كانت منفسخة بارادة الفسخ لكنه لا يكون لاحدهما التصرف في هذه الاموال الا بالقسمة فان القسمة توجب جواز تصرف احد الشريكين في المال المختص به واما قبل القسمة تكون الشركة الحكمية باقية والارباح التي حصلت بعد الفسخ وقبل القسمة يكون كليهما مشتركين فيها الى ان تحصل القسمة ولا بد وان تكون القسمة برضاية الشركاء .

فرع :

لو اراد القسمة احد من الشركاء ولم يرد بعض الشركاء القسمة فان قلنا بان عقد الشركة جائز كما صار اليه المشهور فلا اشكال ان السلطنة لكل احد على ما كان يملكه تكون سلطنة تامة الا انه اذا كان موجب الخلاف الامتنان في حق غيره وهذا الجريان يجري في كل مورد يمكن ان يكون بين السلطنتين واطلاقهما موجباً لخلاف الامتنان في حق سلطنة الآخر فان القسمة تجري وان كان كل منهما له السلطنة المستقيمة لماله الا ان هذه السلطنة لو كانت موجبة لخلاف سلطنة الآخر على ماله كانت هذه القسمة غير جارية لان الآخر له السلطنة التامة على ماله

. . . .

ويمكن له افرازه الا ان هذا الافراز لو كان خلاف الامتنان لشريكه لا يمكن له الافراز وهذه الجهة جارية في كلية الموارد من دون اشكال لان السلطنة قاصرة عن الشمول لغير ذلك .

فرع :

لو اشتركا بالشركة الحكمية بمعنى انه امتزج مالهما وقالا بان الشركة تكون الى سنة واتجرا في هذه المدة فبعد مرور سنة لا تبطل هذه الشركة بل هي باقية الى ان يرضيا بالقسمة ويقتسما بذلك ويفسخا فان اقتسما ولم يفسخا بقيت الشركه ويكون الربح بينهما ولا يجوز التصرف لكل واحد منهما مع رضاية الآخر لان الشركة وان كانت مفسوخة الا ان القسمة لم تقع كل واحد لا يمكنه ان يتصرف في ماله الا باذن الآخر الى ان تحصل القسمة .

فرع :

الشركة العقدية فائدتها جواز تصرف الشريك في مال نفسه وغيره ، وهذا بخلاف الشركات القهرية حتى على مبنى صاحب الجواهر ، ان تكون الشركات العقدية على مبناه هو عدم جواز التصرف في مال نفسه الا باذن شريكه وهكذا في الشركات القهرية والاختيارية الذين لهما الاموال ويمزجان الاموال باختيارهما من دون ان يكون امتياز بين المالين كان هذا شركة ولكن هذه الشركه توجب ان يكون تصرف كل منهما باذن الآخر وهذا بخلاف الشركه العقدية كما تقدم مراراً .

فرع :

لو اشتركا في شراء دار من دون ان يعملا في هذه الدار وحصلت لها زيادة من قيمة السوقية كانا مشتركين فيها وان الشركة لا تحتاج الى عمل وانما الزيادة على رأس المال توجب الشركه بينهما وعلى هذا ففي الموارد التى تتحقق الزيادة

....

بها في مال الشركاء كان الشركاء مشتركين فيه فلو اشترو محلات تجارية وزاد بهذا الشراء زيادة لنفس المكان كان ذلك من الشركة واما الزيادة فلا يجوز التصرف فيها لاحدهما الا باذن الآخر في هذه الزيادة القهرية كما انه لو تضررت بهذا الشراء الشركة يكون الوضيعة عليهم أيضاً كما الربح لهم وعلى هذا فلو فتحو مصنعاً وكان فتح المصنع موجباً بأن يبذل بزائه المال كان ذلك مشتركاً فيه ولو كانت زيادة قيمة المصنع لأجل العمال الذين يشتغلون فيه لا يكون ذلك من شركة الاعمال . لان الشركة في الاموال اوجبت هذه الزيادة ، والمصانع الموجودة ما دامت عامره وتشتغل العمال في منها ذلك تكون له الزيادة في القيمة . واما اذا لم يشتغل هذا المصنع بحيث ليس له عمال يشتغلون فيه لا يكون ذلك له قيمة سوقية يبذل بازائها المال ، وحينئذ وان كانت من شركة الاعمال . ولكن ان لم يكن من شركه الاموال لم يكن يستقيم هذا المصنع ، لكي يبذل بازائه المال . ولهذا قلنا بان شركة الابدان ترجع في الآخر الى شركة الاموال كما تقدم .

فرع :

كلما يبذل بازائه المال ولم يكن محرماً يجوز الشركة فيه ، وان كان فيه ضرر على الغير من ناحية الشركة فيه لا من ناحية العوائد ، فلو ان افتتاح هذه الشركة يوجب ان يرغب الناس بالاجناس الاخرى فان ذلك لا يكون موجباً لبطلان هذه الشركة لانه لا ربط بينهما فان كل على ما هو موجود من العمل الذي يعملانه ورأس المال الموجود يغاير رأس مال الغير وان اشتراكهما في الشغل الذي يديرانه . لا يوجب ان يكون الضرر الوارد على واحد منهما على عاتق الآخر . وعلى هذا فلو أوجب تضرر احدى الشركتين بشركة آخر لا ربط لاحدهما فيه لا يكون المتضرر ضامن لما تضرر .

. . . .

على رأي صاحب الجواهر أولاً .

وعلى راي المشهور ثانياً .

والشركات الحكمية والقهرية والاختيارية ثالثاً .

أما ما ذكرناه على رأي صاحب الجواهر لا فرق بين الشركات العقدية والقهرية والاختيارية هو ان العقد لا يكون مؤثراً في الشركة وانما الشركة التي تؤثر فيه هو الاختلاط الخارجي للمالين أو اموال المشتركين والعقد يؤثر في لزوم هذه الشركة اذا تعقبها الخلط والتعقب والخلط يوجب ان تكون شركة لازمة فالعقد يوجب اللزوم دون ان يكون مؤثراً في نوعية الخلط الذي وجد من قبل العقد وبعد ان قلنا في أول الامر بالاشكالات الواردة على هذا المبني الذي بهذه الاشكالات أوجب ان المشهور قال اضربوا الصفح عن هذه الشركة واراد الاشتراك في الملكية والسلطنة وبذلك فان المراد من الشركة هو الاختلاط في هذه الامور والاختلاط في السلطنة التي تكون الشركة يترتب عليه ثمرات لا يترتب على ما مال اليه صاحب الجواهر ، وسنشير اليه وعلى هذا فعلى مبني صاحب الجواهر الذي نتكلم فيه فعلاً فان على كلام صاحب الجواهر لا يكون العقد الا موجباً للزوم العقد ليس الا ومن ناحية اخرى يكون كلام صاحب الجواهر بعد ان لم يؤثر الا في لزوم العقد ، يكون اشتراط الخلط متأخراً على العقد يوجب ان يكون المؤثر في الشركة هو الخلط دون العقد ، فتكون الشركة فيه غير مجوزه للتصرف في المال المشترك ، وحينئذ اذا كان غير مؤثر في العقد فان في كليه الاشتراكات لا يكون الا ايادي متعددة على اموال متعددة ، وحينئذ يكون في مقام الدعوى كل منهما بمنزلة اليد الثالثة وذلك واضح ، لان ليس لكل منهما يد على هذا المال المردد ، وشأن المردد ليس للعقلاء فيه اعتبار . فقهراً اذا تنازعا في الشركه بعد عدم اعتبار العقلاء للفرد

....

المردد ، نتيجته ان في هذا الادعاء لا يد لاحدهما في هذا المال . ونتيجة ذلك ان في ادعائهما ليس لهما يد حتى يحكم بان اليد تحكم لسماعه هذا على ما صار اليه صاحب الجواهر وكليه الاشتراكات القهرية المتعددة الذي قلنا بها فيماتقدم ، فلا يد لاحدهما على هذا المال ولو للتعارض ، وتفصيل المسألة ان في هذا المورد الذي يكونا متعارضين فيه فان لازمهما يكون حجة . وبعد حجيه لازمهما يكون المورد مورد الدرهمين المودعين على كلام صاحب الجواهر والماتن .

واما ما صار اليه المشهور (رضوان الله تعالى عليهم) فان في قول المحقق وكل من عرف الشركه فانّه عبارة عن اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد وقلنا سابقاً لا يستقيم الا ان يكون المراد منهم اجتماع حقوق الملكية والسلطنة في الشيء الواحد وله ثمرات نذكره في بيان الثمرات المترتبة على ذلك .

الثمرة الاولى فان اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد لما كانت السلطنة والملكية امراً يكون وجوده ، وتطبيقه في الذهن ، وانطباقه في الخارج ، ان وجد له الانطباق ، على هذا فيكون العقد الذي يقع بين المشتركين نتيجته ان لهما اليد على المال المشترك كل واحد بيد مستقله ، ولكن المجموع له اليد التام على الكل بذلك ، ونتيجه ذلك ان يكون في مورد التنازع كل منهما مدعي ومنكراً ، وكل يد موجودة تكون بمنزلة اليد الداخلة ولكل منهما اليد على ذلك ، ويكون بمنزلة التداعي هذه اول ثمره.

الثمرة الثانية ان كل واحد عند انعقاد الشركه له ، يحق له التصرف في المال المشترك كما مر الكلام فيه ولا يكون باذن باقي الشركاء .

والثمرة الثالثة انه لو تلف المال باجمعه لا يكون العقد منفسخ لانعدام الموضوع ، لان الموضوع باقي وهو الاشتراك في السلطنتين ، وهذا بخلاف مبنى

. . . .

صاحب الجواهر، لان المدارك كان عبارة عن اختلاط الاموال خارجاً . وكان العقد مؤثراً في وجوب الشركه فقط ، واما الشركة كانت عبارة عن اختلاط الاموال خارجاً. كباقي الشركات الحكمية فاذا تلفت الاموال ، لا يُبقى موضوع للشركة وتبطل الشركه برأسه ،كما اذا لم يمت المورث او لم يحضا الشريكين أو غير ذلك من الموارد .

ان عقد الشركة على مبني المشهور، يستقيم بان كان أثنين لا مال لهما اتفقا على التجارة ، وعقدا الشركة ، بان كلما حصلا من تجارتهما النصف لكل واحد منهما وحينئذ تتحقق الشركة ، وتكون السلطنتين الذي اشتركا فيهما تكون بينهما جارية ، ولا تحتاج الى عقد جديد ، وهي الثمرة المختارة على مبنانا ، من دون ان يكون هناك اشكال وارد عليه ، وقد نبهنا عليه في تضاعيف ما ذكرنا ، ولكن لاجل التفصيل بيناه في المقام ، وان كلمات القوم بقدر من التشويش الذي لا يمكن ان نقول بان هذا لا يكون بناء القوم عليه ، بل ربما يترائى من كلمات المشهور من تعاريف المحقق ، ومن حذا حذوه ، من التدبر في كلمات السابقين ، وعلى هذا فلا يكون وجود المال ولا اختلاطه مؤثراً في الشركة ، والاكان جعل الشركة مستلزماً للغوية ، لان التجارة ووجود المال يكون متوقفاً على الشركة ، وكان وجود الشركة متوقف على وجود المال وبه تلزم اللغوية فقول أمير المؤمنين عليه السلام الشركه تزيد في الاموال يكون معناه ما ذكرنا والاكان الامر به لغواً لما ذكرنا .

اذا تبينت مسالك القوم وما ارادوا من الشركة في كلماتهم يترتب عليه ثمرات نذكرها في ضمن فروع يحتاج اليها .

فرع :

لو كان ملكاً مشتركاً بين ثلاثة اشخاص ومات احد المشتركين وكان

. . . .

المشترك الذي توفي كان مديوناً ودينه تارة يكون في الشركة ، وتارة لا يكون الدين مربوطاً بالشركة .

فان لم يكن مربوطاً بالشركة فالشركة موجودة حيث انه لا تبطل بموته اصل الشركة ، فيكون الباقين ايضاً مديونين بالشركة ، وعلى هذا تكون الشركة قائمة وليست باطلة بموت احد الشركاء ، والدين لابد من استيفائه ان كان للميت مال لا يدري به الغرماء ، فتكون الشركة مديونه وقد تكون الشركة قائمة فلا بد من الشركاء الباقين دفع الديون الموجودة للشركة سواءً كان للميت مال ام لم يكن له مال .

واما اذا كان مديوناً بدين خارج عن محيط الشركة فان الميت لو كان له مال وكان مخفياً عن الديان فتصرف الشركاء في هذا المال لا يكون له وجه ، لانه بعد ان كانت الشركة مديونه وكانت الشركة غير منحله ، وينتج عن ذلك ان تصرف الشركاء بالمال اذا كان الدين حالا . ولم ياخذ بذمتهما الدين يكون تصرف الشركاء والورثة غير مجاز ، الا ان يوفي الديون التي بذمة المتوفى ، هذا في اصل الدَّين ، واما النماء الذي يكون فى ماله . فيمكن للوراث التصرف في ذلك ، واما اصل الدَّين حيث انه لم ينتقل الى الورثة قبل ادائه ، فيكون حتى النماء لا يجوز التصرف فيه الا بعد اداء الدين ، لان هذا المال لا يكون من الشركة والشركة بعد قائمة فيكون الدين شخصياً ، فلا يجوز التصرف في هذه الاموال الا بعد اداء الدَّين .

فرع :

لو اشترك شركاء وصار من ناحية الشركة . لهما ديونا فهل يمكن لواحد من الشركاء دفع الدَّين بقدر حصته من المال . المشترك . أو انه لا بد وان يقسم ثم بعد ذلك يدفعون الدَّيون وياخذون سهامهم ، فان كانت الشركة عقدية ، كما يقوله المشهور يكون لكل واحد التصرف في المال المشترك بدفع الدَّيون والتصرف في

. . . .

المال والديّن للشركة اذ الشركة قائمة واما على مبنى صاحب الجواهر لما كانت الشركة العقدية كباقي الشركات القهرية ، لا يجوز التصرف في مال الشركاء بعد العقد ، الا كما في قبل العقد من عدم تمكن التصرف لكل واحد من الشركاء في اموال الشركاء بوحده ، وينتج ان تصرفه لا يمكن الا بعد ان يقسم . ويدفع الشركاء الديون الذي بذمتهم ، وحينئذ بعد القسمة ودفع الديون يقسمون الشركة ، وبعد قسمتها يجوز التصرف لكل شريك بما هو له ، وعليه الماتن ايضاً وعلى هذا فلو باع احدى الشركاء شيئاً من مال الشركة لا يملكه وحده وان كان نيته ان يكون لنفسه يملكه هو ، ويكون الباقي للشركاء الآخرين كما نطقت به الروايات خلافاً لما صار اليه صاحب الجواهر .

منها : خبر عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام قال : سألته . رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى (اي فهلك) الذي كان لاحدهما من الدين او بعضه وخرج الذي للاخر أيرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله .

ومنها : سئل ابو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي بايديهما واحال كل منهما نصيبه الغائب فاقتضى احدهما ولم يفتض الآخر قال عليه السلام ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله ومثله خبر غياث وخبر محمد بن مسلم .

وتكون هذه الاخبار على القاعدة . لان على مبنى صاحب الجواهر فهو معلوم ، لان كل شركة سواء كانت عقدية أو غير العقدية تكون ديون المال مشتركاً ولا يكون فسخاً في المقام بل انما قسماً والتقسيم لا بد وان يكون في المال المشترك . المال المشترك ان قسماه ولم يفسخا كان كل منهما له الشراكة مع

....

الآخر، الا ان يتراضيا في هذا التقسيم فلو ان الديّن كان واصلاً لمن حصة الدين لم يكن مجالاً لما حكم به الامام عليه السلام فقهراً تكون شركة باقية لازمة على مبنى صاحب الجواهر لانه لم يكن الفسخ ؟ ولا اشكال ان المال المشترك على مبناه يكون كالارث ، وحيث ان كل واحد من الوراث جعل الديّن على عاتق الآخر لم تبرء ذمته الا اذا حصل الديّن للآخر ايضاً وهو على مبنى الشيخ صاحب الجواهر صحيح .

واما على مبنى المشهور فان كان لكل منهما التصرف في المال المشترك الا ان الشركة لما كانت من ناحية السلطنة فان السلطنة موجودة بعد القسمة وقبل الفسخ فقهراً الديون لا بد وان تقسم وان حصل اعوزاز فان السلطنة باقية وبعد بقائها لا يمكن الا تقسيم رأس المال وبلحاظ الديون الموجودة ، واذا لم يكن التقسيم على ذلك كانت السلطنة باقية كما هو الظاهر من الرواية .

فرع :

اذا كانوا شركاء وكان احدهم يقلّد من يقول بان الربح لا بد وان يخمس ، وكان الآخر يقلّد من يقول بان الخمس انما يجب اخراجه بعد سنة ، وفي هذا المقام يريد الاول التقسيم بعد وجود الربح مباشرة ، والثاني لا يريد القسمة مباشرة الا بعد مضي سنة وكان من يريد التقسيم بعد ظهور الربح مباشرة ، يكون خلاف الامتنان لمن يريد التقسيم بعد سنة ، ففي هذا المقام اذا قلنا بان التأخير يكون أرفاقاً لمالك التأخير بعد سنة ، وان الخمس يجب مباشرة ، فحينئذ اذا أوجب الارفاق خلاف الارفاق لشريكه ، لا يجري دليل الارفاق ويجب الصبر الى سنة ، واما اذ قلنا بانه تعبدي لان الربح لا يصدق الا بعد ان يمضي سنة هو الحق ، فان الاختلاف في الفتوتين يوجب ان يكون الخمس مباشرة واقعاً على ذمه من وجب

. . . .

على ربحه الخمس ، حتى يمضي سنة ويخمسان سويةً ، لانه يكون في صدد التخميس وانما صبر لعدم جلب الضرر على شريكه وحينئذ يكون الواجب عليه الخمس هو امين على اعطاء الخمس وانما لا يقدم لانه غير مقدم لخلاف الامتنان لشريكه وهذا لا يوجب ان يكون الخمس وارد على الذمة دون العين لكونه اميناً .

فرع :

لو كانت الارض لمالك وغرس ، احد العمال فيها النخيل والفواكه الموجودة فيها بغرسها والاستفادة من نمائها ، فتارة تكون الاصول موجودة في ملك المالك وكان العامل عاملاً في وصول الاشجار الى النماء ، وتارة تكون الارض غير مشجرة ويكون العامل عاملاً بغرس الاشجار في ملك الغير ويكون كل منهما شريكاً في النماء الحاصل من الاشجار .

الجهة الاولى : بمعنى ان ارض المالك كانت مشجرة والغارس العامل على ان يدير هذه الاشجار الى ان تثمر ، ويكون المالك والعامل شريكان في الثمار ، فلو باع المالك الارض واشجارها من دون اذن العامل ، فان من الواضح ان للعامل حق الاخذ بالشفعة ، وان كان جاهلاً بالبيع ، ثم بعد ذلك علم فان له الاخذ بالشفعة . لان العامل شريك في النماء وهذه الشركه يوجب ان يكون له حق الشفعة في النماء الحاصل فيمكن الاخذ بالشفعة في النماء الذي هو شريك في ذلك لكونه شريكاً في النماء .

واما الجهة الثانية : فان العامل المفروض كان مالكاً للاشجار بغرسها ونمائها وحيث ان الارض كانت للمالك فلا يمكن للمالك التصرف ببيع الارض والاشجار سواء كانت مثمرة او لم تكن فان الاشجار للعامل والثمر ايضاً شريك بينه وبين المالك فلو باع المالك الارض مع اشجارها فان العامل يمكن له الاخذ بالشفعة ولو

....

كان العامل جاهلاً حين البيع وذلك لان العامل شريك مع المالك في الاشجار والثمر هذا اذا كانت الشركة من ناحية المغارسة حيث ان للعامل هذا الحق كما بينا .

فرع :

لو كانا شريكان ومات احد الشركاء ، فهل تبطل الشركة بموت احد الشريكين ؟ أو تكون الشركة باقية ويقوم الوارث مقام المورث ؟ وقد تقدم في باب المضاربة ان الشركه لو كانت من العقود الجائزة كما هو المشهور فان في العقود الجائزة لما كان امرها من باب الاستنابه فيمكن ان يقال بان باب الاستنابه انما يكون على فرض وجود المنوب عنه وعليه فيبطل بموت احداهما ، واما اذا قلنا بان امر الاستنابة كما يصحح في حال الحياة ، كذلك يصحح بعد الموت ايضاً ، بطريق اولى كما اثبتناه في قضية الاستنابة، ونتيجته صحة ذلك بعد الموت أيضاً وعلى هذا فلا يكون له فرقاً قبل الموت وبعد الموت ، فان الشريك حيث انعقدت الشركة فان في انعقادها لا يرى لعقده مدة يرجو ان تنتهي تلك المدة ، فيكون باقياً الى الابد ولا يكون الموت موجباً لبطلان عقد الشركة وعلى هذا لا يكون موجباً للبطلان واما بناه على لزوم عقد الشركة كما نقول به فأيضاً لا يكون الموت مضافاً الى ما تقدم من الامور الموجبة للفسخ في عقد من العقود مضافاً الى شمول دليل اوفوا بالعقود فلا يكون عقد الشركه بالموت موجباً للبطلان وعلى هذا فلو كان هناك شركاء وكان احد الشركاء مات كانت الورثة قائماً مقام الوارث وكان لكل واحد منهم شركاء مع الموجودين من دون اشكال .

فرع :

لو كان هناك شركاء وكان شغلهم التجارة بالمال ولكن احد الشركاء تنازع

. . . .

حيث يدعى ان المعاملات قيد وقعت في ذمة الشريك ، والآخر يدعي ان المعاملة وقعت بعين المال المشترك فان كان واقعاً في الذمة فان الامر يمكن ان يكون المعاملة لنفسه والذي يدعي انه كانت للشركة يوجب ان يكون النفع للشركة ، فحينئذ فان الشريك في المعاملات الصادره منه لا بد وان يقصد كونه للشركة ، واما اذكان قاصداً لنفسه لم يقع للشركة ، ويكون الربح له دون الشركة ففي هذا المقام لما كان جنسان وهذا القصد لا يعلم الا من قبله فلو قال اني قاصد في هذه المعاملة للشركة ، يثبت بهذا القول وعلى هذا فان المورد يغاير العامل في المضاربة حيث قلنا في العامل في المضاربة انه بعمله يكون للمضاربة واما اذاكان من نيته العمل لغير المضاربة يحتاج الى قصد يغاير لعمله وهذا اطلاق في الاعمال الدارجة يوجب ان يكون العمل الصادر منه للمضاربة بنفس العمل لان اليد الموجودة على المال والتصرفات الموجودة للمال تكون للمضاربة وهذا بخلاف المقام حيث ان الشريك بما انه شريك يمكن ان يكون لنفسه من دون ان يكون للشركة . ويكون الربح لنفسه ، ويمكن ان تكون المعاملة للشركة ويكون الربح للشركة ، فحينئذ لو قال ان المعاملة وقعت للشركة ،كانت كافية لاثبتات ذلك ، الا ان تكون المعاملة بعين مال الشركة ، حيث انه امين فتكون المعاملة للشركة لانه امين يقبل قوله .

فرع :

لو اشتركوا شركاء متعددين ، وهيئوا لشركتهم مكاناً ، وجعلوا سهماً لشركتهم ، وجعلوا بواسطة هذا لمكان وهذا الاسم مورد المعاملات ، بحيث يجلب المشتري من جهة التبليغات التي قاموا بها لشركتهم . فمات احد من الشركاء ، وحينئذ فانهم وان الشركة قلنا بانها لا تبطل بالموت ونتيجته ان الشركاء

....

باقين على شركتهم ولم تكن الشركة ناقصة لان الاموال الموجود مختلطة مع الشركاء وبعدها لم تكن ناقصة والموت لا يوجب بطلانها ولازم ذلك ان الورثة مشتركين مع الشركاء في المال على قدر نصيب مورثهم وعلى هذا فيكون الميت الواحد يتعدد بعدد الورثة ولا يكون نقصاً في الشركة اصلاً ، ولكن هناك اشكال وهو ان بالموت ينتقل المال من المورث الى الورثه وحيث ان الورثه لو كانوا كبار فلابد من اجازتهم فان اجازوا يكون الورثه شركاء في المال المشترك واما اذا كانوا صغار أو كان لهم ولي اجباري كالاب أو الجد ، فلا اشكال انه لا بد وان يجيز الشركاء في التصرف في اموال الايتام ، ان كانت شركة الايتام غير مضرة لهم واما اذا كان مضر الاموال الايتام يجب علي الولي ان يطلب القسمة ، ويأخذ اموال الايتام واما اذا لم يكن لهم ولي اجباري مثل الاب والجد فان الشركاء بمجرد موت الشريك ليس لهم التصرف في الاموال المشتركة حتى القسمة حتى يأخذوا الرخصة من الحاكم ، اذا كان ذلك وان لم يكن هناك حاكماً فلا بد من الرجوع الى عدول المؤمنين لان حفظ اموال الايتام مما يكون راجعاً الى الرؤوساء الذين يُرجع اليهم وان فقد العدول فلا بد من ان يتكفل احد لا يكون خائناً لاموال الايتام . وان كان فاسقاً من الجهات الاخرى ولكن مع المصلحة للصغار في غير الاب والجد الذين هم اولياء اجباريين وعلى هذا فان الامر على ما يرام ، في مثل ذلك فعلى جميع الناس حفظ اموال الصغار من التلف ويكون على العقلاء باجمعهم واجباً كفائياً حفظ اموال الايتام عن التلف والضياع ، ويكون هذا الواجب الكفائي لا يختص ببلدهم .

فرع :

لو مات احد الشركاء وقلنا بانه لا تبطل الشركة ، فان الورثة لو ارادوا القسمة

. . . .

بعد مورثهم فان كانت القسمة لا تكون خلاف الامتنان للشركاء فان ذلك يجوز لهم المطالبة بالقسمة ، واما اذا كان خلاف الامتنان لباقي الشركاء فكما مر سابقاً لا يجب للشركاء الرضا بالقسمة بل لا يجوز للورثة مطالبتهم بالقسمة ، واما اذ كان الورثة صغاراً واراد الولي الاجباري القسمة لان شركتهم في هذا المال توجب الضرر عليهم وان القسمة تكون خلاف الامتنان للشركاء وفي هذا المقام يكون بقاء الصغار يوجب الضرر عليهم أو خلاف الامتنان عليهم والقسمة وخروج الصغار عن الشركة يوجب خلاف الامتنان على باقي الشركاء ففي هذا المقام لما كان بقاء الشركة حتى للصغار ان يكون الشركاء قادرين على التصرف في المال لان المال لا يمكن ان يكون راكداً وحيث ان شركه الصغار خلاف الامتنان عليهم وبعد كونه خلاف الامتنان عليهم كون هذه الشركة بالنسبة الى الصغار باطلة وبعد بطلانها لا يمكن الا ان يقسم ويعطي الصغار سهمهم وحينئذ فتكون الشركة من الاول بطلانها وبقائها خلاف الامتنان لهم وبعد بطلانها لا يمكن الا الخروج عنها بالقسمة فيجب القسمة واعطاء سهم الصغار.

فرع :

لو كانت هناك قرى مشتركة ولها مياه مشتركة ان هذه المياه في كل اربع وعشرين ساعة تكون لكل من الملاك بمعنى ان نصف هذه القرية له ملاكين ونصفه الآخر له ملاكين وان لكل واحد من هذا النصف له اربع وعشرين ساعة من الماء ، والنصف الآخر ايضاً له اربع وعشرين ساعة من المال ، كما هو المعمول في القرى والارياف ، وفي هذا المقام وهذا المنوال ورثوه من اجدادهم ان لهم لقراهم اربع وعشرين ساعة وللقرية الاخرى ايضاً اربع وعشرين ساعة وفعلاً كل منهما يدعي ان هذه الاراضي لا يكفيها اربع وعشرين ساعة ، لان الاراضي بعضها بعيده عن مقر

. . . .

المياه والكافي ان يكون الماء يجري دائماً نصف لهذه القرية والنصف الآخر للقرية الثانية حتى يكفي لكل منهمافالأراضي مشتركة بين الملاك والمياه ايضاً مشتركة بين الملاك . الا ان هذا التقسيم للمياه على هذا النحو كان معمولاً منذ زمن قديم ؟ فهل يكون هذا القدم له اعتبار لا يمكن تغييره ، من حيث ان الماء لا يكفي لكل واحد من الشركاء فيتغير على مقدار ما يرضون به وذلك واضح من ان المال لما كان مشترك مشاع وهذا المال المشترك لكل واحد من الشركاء لهم الانتفاع بهذا المال المشترك ، وفعلاً لا يمكن لهم الانتفاع عن هذا الماء المشترك الا ان يكون جارياً لكل واحد من القريتين دائماً لانه لما كانوا مالكين للمياه ولا يمكن لهم التصرف النافع الا بهذه المثابة ونتيجة ذلك انه بعد اختيارهم بهذا النحو يكون وجوده على النحو القديم غير لازم الاتباع لان القدماء كان يكفيهم بالنحو الذي كان بنائهم عليه ، وفعلاً لا يمكن انتفاعهم الا بهذا النحو ، هذا اذا كان الماء مشتركاً بين القريتين وهم مالكين له وليس بعد استفادتهم يرجع الى ملاك اخرى ، واما اذا كان بعد سقيهم يرجع الى أملاك اخرى ، فلا بد وان يكون التقسيم بحيث لا يكون خلاف الأمتنان عليهم كما هو واضح .

فرع :

لو تحققت الشركة العقدية وكانت السلطنة بين الشركاء مترتبة على عقد الشركة فلا يكون مزج المالين او الاموال معتبراً منهما واذا وقع العقد بين الشركاء كانا شركاء ولو لم تمتزج اموالهما ويكونا مشتركين على الربح والخسارة من دون ان يكون هناك امتزاج ويكون لكل واحد التصرف بسلطنته عند الاطلاق وكان الربح لهما والضرر عليهما وعلى هذا فالشركات العقدية لا حاجة فيها الى الاختلاط وهذا بخلاف مبني صاحب الجواهر ومن خذا حذوه فان الاختلاط اذا لم يكن

. . . .

تتحقق الشركة بعد الاختلاط ايضاً تكون الاموال مشتبهة ، وعلى هذا فتعرف ان في الشركات العقدية يكون كل واحد ذو يد بالمجموع وله التصرف بالمجموع على الحد الموجود لليد المشترك في المال وهذا بخلاف مبنى القوم (رضوان الله تعالى عليهم) فان ذلك وان اجريا العقد الا ان جريان العقد لا يوجب ان لا تكون الاموال مشتبهة وبعد اشتباها لا يكون الا المصالحة القهرية كما في الدرهمين المودعين من جهة العلم الاجمالي والدليل التعبدي .

فرع :

الشركات الصادرة بدون عقد الشركة كما قلنا لا يجوز التصرف في اموال الشركاء الا باذنهم ولو اطلقوا في الاذن لا بد وان يكون بالمقدار المتعارف الذي يكون العقلاء مقدمين له ولا يجوز البيع نسيه وان كان الاذن مطلقاً لان الاقدام على البيع نسية مفتقر الى الاذن الصريح بذلك الا ان المتعارف فعلاً لا يمكن الاتجار بالبيع نسيه كما هو المتعارف وفي هذه الموارد التي تكون التجارة امرها دائر بين الوجود والعدم بحيث اذا باع نسيه يمكن له الاتجار واما اذا اراد البيع نقد لا يمكن ان يتجر فتكون الاجازة بالتجارة معناه ان يكون بيعه هو المتعارف ، والتعارف في البيع يقتضي ان يكون ماشياً على نحو المتعارف ، وهو البيع نسيه كما هو واضح .

فرع :

لا يضر الجهل والغرر في الشركة لان الشركه بنيت على الغرر فان الشركاء بعد شركتهم خصوصاً الشركة العقدية اذا كانت الشركه مطلقة فلا يعلم ان السلطنة الموجودة لكليهما باي مقدار يكون رأس المال في مورد . واما اذا لم يؤول الى العلم فلا يكون من المعاملات العقلائية ويكون اصل العقد باطلاً وتكون تصرفات الشركاء بعد بطلان العقد يكون ضمانهم بالامر ولا يكون الربح بينهما بمقتضى

. . . .

الشركه الباطلة والمورد الاجرة لا المسمى ولا المثل الا انه لما كان الضمان بالامر فيكون ضامناً وله اجرة المثل وذلك لان العمل الصادر من الشريك في المال المشترك انما عمل في مال نفسه وشريكه فقهراً يكون الربح الصادر منه لنفسه واما العمل الصادر منه في مال شريكه بعد ان كان العقد باطلاً فبطلان العقد يملك الشريك للربح ولكن لو خسر تكون الخسارة له ايضاً ، ولشريكه لمكان الضمان بالامر وتكون المعاملات العقلائية التي تجري في اموال شريكه لا يكون فضولياً اذ كان العمل منه بالامر وعلى هذا فلا يكون ضامناً لو كانت الخسارة واردة على مال شريكه بعمله من دون ان يكون ضامن لانه مأمور في العمل بازاء كونه شريك وان كان ذلك العمل في مال الشركاء يسلتزم الربح فيملكه الشركاء والخسارة الواردة على المال ايضاً بينهما ، ولكن ان كان بعمله موجباً الخسارة لواحد من الشركاء فلا يكون ضأمنا لعدم تخلفه عن مورد الامر وعلى هذا فلا يكون الضمان على عاتقه .

فرع :

اذا كان هناك شركاء في المال ، وكان الشركاء سهامهم متساوية ، وكانوا يتجرون بالمال ، وياخذون الربح على التساوي واراد واحد من الشركاء ان ينفصل عن الشزكة ، وعندما اراد الانفصال من الشركة اراد ان ياخذ زيادة عن ماله اجره لنفسه ففي هذا المقام لو كانوا مشترطين في عقد الشركه لكل واحد اجره مثل عمله في كل معاملة يعاملها يكون له الحق في ذلك ، واما ابتداءً فلا يكون له الا ما يكون شريكاً مع الشركاء الا في المال الذي جعله شريكاً مع باقي الشركاء وليس له ازيد من ذلك .

فرع :

اذا كان هناك شركاء ، ومات احد الشركاء ، فتكفل احد الشركاء ، وموته لا

....

يوجب فسخ الشركه وكان ورثته كباراً وأجرى الشركة على منواله واعطى للورثة ما يكون حقهم ولكن الورثة لم يكونوا مشتركين في العمل مع الشركاء ففي هذا المورد لا يكون الباقي الشركاء اخذ الاجرة من الورثة من جهة قيامهم بالعمل اذ ان اموال المتوفى موجودة لديهم ومن ناحية آخرى حيث انه كان ميتاً ولم يكن عاملاً في الشركة فعدم عمله لم يكن ركناً في الشركة وانما يكون الركن هو وجود المال وهو موجود فلا يمكن لهم إقرار اجرة عمل يكون الشركأعاملين به ولو كان عند العرف القيام بهذه الاعمال محتاجاً الى الاجرة الا ان ذلك لم يكن لاركنا ولا انه مشروط خارجاً وعلى هذا فليس لهم الا رأس مالهم والمنافع العايدة تعود الى الورثة على مقدار سهامهم.

فرع:

اذا كانت هناك ارض وكانت الارض بايرة وكانت الارض مشتركة بين ثلاثة شركاء مشاعاً واحد الشركاء الثلاثة زرع فيها فان تصرفاته اذا لم تكن خلاف الامتنان لواحد من الشركاء وكان تصرفه بمقدار حصته فيملك المقدار الذي زرعه اذا كانت الشركة عقدية ولا يحتاج الى اذن باقي الشركاء في التصرف في هذه الارض المشاعة بالشركة واما اذا كانت شركتهم من ناحية الاختلاط القهري، اوكان بالارث أوكانوا حائزين للاراضي المباحة فان زراعته لمقدار من هذه الارض لا بد وان يكون مجازاً من قبل الشركاء في التصرف في هذه الارض وبعد التصرف تكون زراعته منقسمه ثلاثاً فثلث له وثلث لكل واحد منهم فيكون له الثلث وللثاني الثلث وللثالث الثلث من جهة ان الركن في الشركة وجود الشركة وهي موجودة والاذن في الزراعة ايضاً موجود ولا يكون العمل مراداً من احد حتى يقال بانهم لم يعملوا بذلك فهم شركاء واذا اراد الرجوع عن اذنه فعلى كلام صاحب الجواهر وهو الحق

....

اذا كانت الشركة عقدية ليس له الرجوع ونحن ايضاً نقول باللزوم ولا يمكن لهم الرجوع واما على مبنى المشهور من كون عقد الشركة جائزاً فلهم الرجوع عن ذلك سواء اشتغل بالزراعه او لم يشتغل واذا اشتغل وزرع واجاز الشركاء ثم بعد اشتغالهم اراد واحد منهم الرجوع له ان يرجع وليس ضامناً للعمل الذي قام به هذا الشريك لان بقاءه على جوازه اقدم الى ما يمكن له الرجوع وباقدامه يكون عمله غير ما جور حتى يكون الشريك الراجع عن اذنه ضامناً لعمله هذا اذا كانت الشركة غير عقدية واما اذا كانت عقدية وقلنا باللزوم فلا يمكن لهم الرجوع عن الاذن بل لا يحتاج الى الاذن كما بينا .

فرع :

اذ اشتركوا في بناء دار بمعنى ان الدار الموجودة اشتراها احد وباع نصفها الى واحد آخر فتكون الدار مشتركة بينهما ولكن بشركة غير عقدية والذي اشترى الدار لم يدفع المال وبقي على ذمته وكانت الدار قيمتها الف وباع نصفها بخمسمائة الى غيره وبقيت مشتركه ثم انه بالزلزلة خربت الدار في حال انه باقي في ذمة الشريك خمسمائة وحينئذ فان تعمير هذه الدار يحتاج الى مال فان الشريك الذي اشترك بالدين وان كان مطلوباً لشريكه الا ان ما يكون مورداً لصرف بناء الدار يكون كليهما مشتركين ولا بد وان يكون الصرف على كل واحد منهما وعلى هذا يكون الشريك مطلوباً لشريكه ومع ذلك نصف مصرف البناء عليه ونصف مصرف البناء على الشريك الآخر لان الدين الموجود في ذمته يكون مالكاً له .

فرع :

ان في هذه الازمنة الاملاك تترقى فوراً بحيث لو اشترى داراً ومضى عليه

. . . .

سنة تكون قيمته متضاعفة وعلى هذا اذا اشترك شركاء ومضت عليهم ايام بل سنوات وهم متشاركون وبعد سنوات مات واحد منهم واراد الوراث فسخ الشركة من قبل مورثهم فان الشركاء لا بد وان يروا المقدار الذي كان شريكاً فيه وهذه الزيادة الموجودة السوقية منفعة للشريك فلابد وان يقسموا على تلك المنافع السوقية الذي زادت في مال شريكهم ويدفعون اليهم على نسبة تلك الزيادة السوقية ولو انهم بعد موته افرزوا اموال الميت الا ان الشركه موجودة والقسمة لا بد وان تكون بنسبة الواجد له الشريك والواجد له الشريك لا يكون المال الذي كان عنده حين ما صار شريكاً وانما يكون الواجد له فعلاً حين التقسيم وهو الذي يبذل بازائه المال عند العقلاء .

فرع :

لو كانوا شركاء في البناء التجاري وهؤلاء الشركاء في هذا البناء بعضهم ساكنين في هذا البناء للتجارة وبعضهم لا يسكنون في هذا البناء ولكن كلهم فيه شركاء فان كانت الشركة عقدية فتصرفات القائمين بهذا المحل يكون لهم ان يسكنوها وليس لشركائهم منعهم عن ذلك لان الشراكة موجودة والربح لا يكون من الاركان حتى يسدد الربح لباقي الشركاء وهذا بخلاف الشركة التي صار بها صاحب الجواهر أو كانت الشركه غير اختيارية كما اذا كانت شركتهم من ناحية الارث أو كانت غير اختيارية بطريق آخر حيث ان تصرف باقي الشركاء لا بد وان يكون باذن الشركاء ويكون لهم الحق ان لا يجيزواه الا بواسطة اجرة تدفع اليهم كما بينا في الفروق العقدية والغير عقدية .

فرع :

لو اشتركوا في عقد الشركة واشترطوا ان كل من بنا واراد ان يخرج من

. . . .

الشركة وطالب ان يقسم يلزم عليه ان يخبر الشركاء قبل ذلك بثلاثة اشهر فان هذا الشرط لازم الاجراء سواء على كلام صاحب الجواهر الذي يرى العقد لازماً والشرط الذي صار فيه ايضاً يتبعه في اللزوم او على مبنى المشهور اللذين لا يقولون بلزوم عقد الشركة ولكنهم لا يرون لزوم الاجراء في العقود الجائزة ولكن اذ اشترط هذا الشرط في عقد لازم يرون لزومه وقد نبهنا على ذلك في المضاربة وعلى هذا فان هذا الشرط يجب الوفاء به ولما قلنا في كتاب المضاربة بان الشروط في العقود توجب حكماً وضعياً لا يمكن للمشروط عليه مخالفة الشرط ونتيجته ضمان الاموال التي بيده حيث يكون خائناً ويضمن الاصل والربح الحاصل للمشروط له وتكون يده غير امنية ولكن الشركة باقية مع التضمين كما هو واضح ، راجع ما قلنا في باب المضاربة بتفصيله واليد الموجودة على مال الشركة تكون خيانية وعلى هذا فلا يصغي الى ما قاله القوم بان له الحرمة التكليفية فقط بل لو فسخ قبل الاخبار لا يكون موجباً للفسخ لانه بالشرط اخذت منه هذه الحيثية .

فرع :

اذاآدعى الشريك ان الشركة الواقعة بينهما عقدية وانكر شريكه على ان تكون الشركة عقدية ، والثمرة انه لو كانت الشركة عقدية يجوز لكل منهما التصرف في المال المشترك من دون اذن الآخر وان لم تكن الشركة عقدية فتصرفات كل منهما لا بد وان يكون مأذونةً من الآخر وقضية هذا النزاع ترجع الى ان الذي يدعي ان الشركة عقدية يكون راجعاً الى ان لكل منهما يد على المال والتصرفات الصادرة من كل منهما تكون صحيحةً وليست فضولية والذي يدعي ان الشركة قهرية أو بالارث مثلاً يحكم بانه ليس لكل منهما يد على هذا المال وتكون يدهما بمنزلة الثالث ففي هذا المقام اذا كان لكل منهما يد على المال المشترك فان في

. . . .

هذه الدعوى والذي يدعي ان شركة غير عقدية يحكم بان هذه اليد لا تكون موجباً للتصرف بدون اذن الشريك والذي يدعي ان الشركة عقدية معناه أن تكون التصرفات لكل منهما بدون اذن الشريك وفي هذا المقام لمُاكان احدهما بادعائه حاكماً بان اليد الموجودة لكل منهما للتصرف في المال المشترك والثاني ينكر أن ما في يدهما ان يتصرفا بدون اذن كل منهما في المال المشترك ويكون الاصل مع هذا الطرف وهو اصالة عدم الرخصة لكل منهما بالتصرف بدون اذن الآخر وعلى هذا فلا يكون الا منكراً والذي يدعى ان الشركة عقدية لا بد وان يأتي بالبينة .

فرع :

لو كان المال في يد كل منهما فيدعي احدهما ان المال مشترك بينهما والآخر يدعي ان المال له وليس للآخر حق في ذلك ولم تكن بينة في البين حيث ان الشركة العقدية في هذا المقام لما قال المدعي بان هذا المال مشترك لا ينفي ما ادعاه الآخر ونتيجته ان المال له بالاستقلال والذي يدعي ان المال له يحكم بان المال له بالاستقلال وينفي الشراكة وحيث ان اليد موجودة لكل منهما على هذا المال فيكون كل منهما مدعياً ومنكراً فيكون من التداعي وحينئذ لا بد وان يكون لكل منهما البينة على دعواهما وعند عدم وجود البينة فلا بد لكل منهما الحلف ويحكم بانه لهما ويحكم بانها نصفين بلا خلاف فيه وهذا القضاء ليس هو القضاء المصطلح الذي هو فاصل الخصومة لضرورة توقفه على تحقق الميزان وهو البينة أو اليمين المفروض انتفائهما في المقام وفي هذا المقام يكون مدعي الاختصاص له يكون مدعياً والذي يقول باننا شركاء يحكم بان اليد عليه ليس حاكماً بالاختصاص وانما ينفي يده كونها امارة على الاختصاص وفي هذا المقام انما ينفي كون المدعي ايضاً له يد على المال فيكون المدعي يحكم بان اليد الموجودة

....

لطرفه عادية أو عارية أو امانة فان كان مدعياً لكون يده امانة من كونها عارية او غير ذلك بما ان اليد لا تكون غصبا ونتيجته فيكون له دعوتين الاولى ان المال يختص به والثاني ان اليد الموجودة من طرفه لا يكون دالة على الملكية واما انه امانة وحينئذ يكون الثابت من الدعوتين ان كليهما متفقين على ان اليد الموجودة لطرفةً امانة وكذلك يكون الدعويين متفقين على ان اليد الثابتة لطرفه لا يكون اختصاصياً لان الطرف يحكم باننا شركاء وشركته معناها عدم اختصاصه له فيكون الدعويين متفقين على عدم الاختصاص للطرف فيكون مدعي الملكية يحكم بادعائه الاختصاص له وينكره الآخر فيكون مدعياً ذلك الطرف الذي بانه مختص به والآخر ينكر الاختصاص دون اصل الملكية وحينئذ يكون المدعي للاختصاص لو اقام البينة على ادعائه فهو والا فان حلف الآخر يحكم بالاشتراك وان نكل الآخر ولم يحلف حكم باشتراكهما.

فرع:

لو تنازعا على عينٍ في يدهما ولا بينة لهما قضي بينهما نصفين لكن القضاء هنا كما قلنا لا يكون هو القضاء المصطلح ايضاً الذي أشرنا اليه الذي فاصل الخصومه ضرورة توقفه على مزايا وميزانيته هو البينة أو اليمين المفروض انتفائها في المقام بل القضاء هنا انما هو بمعنى ترتيب الاثر اما لما ذكره صاحب الجواهر من تعارض اليدين وتساقطهما ان الوجه في التنصيف بينهما يقتضي الملازمة من عدم خلع العين عنهما.

واما من جهة اقتضاء كل يد لكل منهما على النصف في عالم الخارج نظراً الى ان عدم الامكان ان يكون لشيء واحد استيلائين تامين لشخصين لوقوع المزاحمة بينهما فلا بد وان يكون هناك استيلاء واحد قائم بشخصين المنحل الى

. . . .

استيلائين تامين كل واحد على النصف كما هو كذلك في الملكية المشاعة فيكون الحكم بالتنصيف حينئذ لمكان اقتضاء يد كل منهما على النصف لكنه لا بمعنى القضاء والفصل بل بمعنى ترتب الاثر ولعله الى ذلك يشير ما في المرسل ان رجلين تنازعا في دابة ليس لاحدهما بينه فجعلها النبي (صلى الله عليه وآله) بينهما فيكون جعله (ص) بينهما لمكان حجية اليد لا من جهة الفصل مع اقامة العمومات الحاصرة حصرها بالبينة أو اليمين فلا بد في مقام الفصل من عدم البينة التحالف بان يحلف كل منهما صاحبه لقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من انكر لان كل منهما مدعي ومدعي عليه باعتبار قضاء يد كل منهما على على النصف بل ان يكون هناك تداعي كما في الجواهر وحينئذ اذا حلفا معاً كان المال بينهما على النصف وان حلف احدهما ونكل الآخر فعلى القول بالقضاء بالنكول يحكم بان الجميع للحالف واما على القول بعدمه ترد اليمين الى الاول ولا يكفيه اليمين الاول لانه على نفي استحقاق صاحبه فيما بيده من النصف واليمين المرددة انما هو لاثبات ان ذلك النصف الآخر الذي بيد صاحبه له فلا بد حينئذ من اليمين ثانياً للحكم بكون المال له .

نعم لا باس بالأكتفأبيمين واحد فيما لو نكل احدهما قبل حلف صاحبه فانه يكفيه يمين واحد جامع بين النفي والاثبات واحتمال عدم الأكتفأبيمين واحد لأمكان اقتضاء تعدد الاسباب تعدد المسببات والاصل عدمه اي عدم التداخل وهو مدفوع بانه وان كان الامر كذلك الا ان الاكتفاء بالواحدة هو لكونها جامعة بين الامرين وهو النفي والاثبات فيكون ذلك كالبياض او السواد الشديد الذي فرض له علتان من حيث تأثير كل واحد في مرتبه من البياض والسواد ومن هنا نقول بكفاية اكرام العالم الهاشمي عن امتثال اكرام العالم والهاشمي فيما لو ورد الامر بأكرامهما

....

هذا فيما لو كانت العين في يديهما .

فرع :

لو كان العين في يد احدهما خاصة يحكم بان العين للذي في يده مع يمينه للقاعدة بان البينة على المدعي واليمين على من انكر اذا لم تقم للذي ليس له يد عليها البينة وهذا واضح .

فرع :

اذا كان المال في يد واحد وكان هناك مدعي يدعي انه له وهناك مدعي آخرّ انه له فكلاهما ادعا ان المال له وليس لاحدهما يد على المال فان قال ذو اليد انه ليس لهما اقرت العين في يده مع يمينه وان نكل عن اليمين فعلى القول بالقضاء بالنكول يحكم بكونه لهما وعلى القول بعدمه ترد اليمين اليهما فان حلفا يقسم بينهما وان حلف احدهما ونكل الأخر كان له وان نكلا جميعاً توقف الدعوى لامكان عدم تحقق الميزان للحكم ويمكن الرجوع الى القرعة لانها لكل امر مشكل وان قال ليست لي تسقط يده عنها باقراره لاننا قلنا بحجية يده في مدلوله الالتزامي من عدم كونها ملكاً لثالث كان المال بينهما للملازمه يقسم المال بينهما بناء على التعدي من النصوص الواردة في الودعي والا فيقرع بينهما .

وان قلنا بعدم حجية اليد في نفي الثالث فكذلك ايضاً بناً على ما يدعي من اقتضاء نفي المدعين نفي ملكية اليمين للثالث فانه بعد التعارض يرجع الى النصوص الواردة في الوديعة بنا على التعدي او الى القرعة بناء على عدمه .

واما بنا على عدم اقتضائها لذلك يكون المال من مجهول المالك لعدم ما يقتضي انحصار الحق بهما ومن هنا ظهر الحال فيما لو قال لا اعرف صاحبها فان مقتضي القاعدة بعد تساقطهما هو الحكم بكونه من مجهول المالك .

. . . .

واما لو صدق احدهما فتارة يقول هي له خاصة فيحكم بانها للمقر له بمقتضى تصديقه لصيرورته حينئذ كذي اليد فيكون الثاني بالنسبة اليه مدعياً فيقتضي حينئذ له مع يمينه لقاعدة البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه نعم للمدعي ان يرجع ذلك الى الثالث الذي كان بيده العين لاخذ الغرامة فيحلفان والا ياخذ منه الغرامة للعين لا تلافها عليه بناء على القضاء بالنكول وبناء على عدم القضاء يقضي عليه برد اليمين على المدعي .

واما اذا قال هي لكما يقضي بينهما نصفين مع حلف كل منهما لصاحبه وهذا بناء على حجية الاقرار واضح لانه باقراره يصيران كما لو كان العين في يدهما فيرجع الامر الى التحالف كما في المسألة السابقة واما لو قلنا بعدم حجية اقراره في ذلك بمعنى عدم اقتضأاقراره كونه ملكاً لهما على ان يكون لكل واحد منهما النصف بل غاية اقتضائه سلب يده على العين واما كونه لهما على ان يكون لكل منهما النصف فلا وحينئذ كما لا يد لاحدهما عليه ويعلم اجمالاً بعدم خروجها عنهما فتكون المحتملات ثلاثة:ـ

كون المال بتمامه لهذا .

كون المال بتمامه لذاك .

وان يكون المال نصفين نصف لهذا ونصف لذاك .

ففي مثل هذالوتعدينا عن النصوص الواردة للودعي وقلنا بان مقتضاه هو التعبد بملكيه كل واحد منهما للنصف واقعاً يكون كالصورة الاولى لصيرورتهما حينئذ كما لو كانت العين في يدهما فيرجع الامر الى التحالف دون ما اذا لم يكن كذلك بل كان الحكم بالتنصيف بينهما لامكان المصالحة الظاهرية فانه حينئذ لا يبقى مجال للتحالف بل لا بد من الرجوع الى القرعة كما ان الامر كذلك فيما لو بينا

....

على عدم التعدي من تلك النصوص .

فرع :

اذا تعارض الشهود وكان التعارض في الشهادة مع تحقق التضاد بينهما كما لو شهد شاهد بان العين لزيد خاصة وشهد آخر ان المال لعمر خاصة أو شهد انه باعه لزيد وشهد شاهد آخر انه باعه لعمر في ذلك الزمان بعينه فانه يتحقق التعارض بينهما لمكان المضادة واما لو شهد شاهد على انه ملك زيد في أول يوم والأخر شهد انه ملك عمر في آخر اليوم فلا تضاد ولا تعارض فيعمل بالثاني لامكان صدقهما معاً .

ثم في مورد تحقق التضاد بحيث يقتضي صدق كل منهما كذب الآخر فلا يخلو الحال من احد الامور الاربعة لانه اما ان تكون العين المتنازع عليها في يد احدهما خاصة أو في يديهما معاً أو في يد ثالث أو لا يد لاحدهما عليها ففي الاول يقضي بهما للخارج دون المثبت يده على المال وهو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل قد ادعى عليه الاجماع كما عن الخلاف والغنية والسرائر والمبسوط بل عن الاول نسبته الى اخبار الفرقة مضافاً الى كونه مقتضى القواعد ايضاً وضرورة اقتضاء التفصيل قاطع للشركة فيخرج بينة المثبت يده عليه عن الميزانية ومعه يكون الخارج ميزاناً للحكم بمقتضاه .

وما قيل من انه وان لم تكن بينة الداخل ميزان الفصل الا انه لا ريب شمولها الدال على حجية البينه فيتعارض مع بينة المدعي فيتساقطان ولا يبقى معه مجالاً لميزانية بينه المدعي مع خروجها عن الحجية بداهة وان الميزان انما هو البينة المفروض حجيتها لا مطلق البينة .

وهذا مدفوع بانه وان صح ذلك لكنه لا بأس باثبات الحجية لها بنفس

. . . .

الدليل الدال على ميزانية بينه المدعي ولو بدلالة الاقتضاء كاستكشاف حجية اليمين بما دل على ميزانيتها بالاقتضاء نعم لهذا الكلام وجه فيما لو قلنا بان الحجية والميزانية طوليان واردان على موضوع البينة لا الحكمان العرضيان اذ على الثاني لا تحتاج الى الميزان لاثبات الحجية لها من الخارج كي تكون الميزانية واردة على البينة المفروضه حجيتها من الخارج بل يكفي فيه ما ذكرنا من استفادة الحجية ولو بنفس ما دل على كونها ميزاناً للفصل من مثل قوله البينه على من ادعىٰ واليمين على من انكر كما يكون ذلك من الاستفادة من العمومات هو قيام حجية بينة ذي اليد في مقام الفصل وانحصار الحجية والميزان ببينة المدعي فما عن صاحب الجواهر (قدس سره) من عدم دلالة العمومات ازيد من استحقاق المدعي على المنكر اليمين واستحقاق المدعى عليه البينة على المدعي بلا نظر لها الى عدم قبول بينة المدعي لكونها فقط رفع توهم الحظر من حيث توهم عدم استحقاق المدعي على المدعى عليه شيئاً وبالعكس منظور فيه ضرورة وضوح كونها في مقام تعين ما هي الوظيفة لكل منهما فمن البينة واليمين كما لا يخفىٰ ويدل على ما ذكرنا المرسل عن أمير المؤمنين (عليه السلام) في البينتين يختلفان في الشيء الواحد الذي يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما فيه اذا عدلت بينة كل واحد منهما وليست في ايديهما فاما ان كانت في ايديهما فهو بينهما نصفان وان كان في يد احدهما فالبينة فيه على المدعي واليمين للمدعى عليه حيث ان صريحه هو الاخذ ببينة المدعي لانه هو الذي وظيفته البينة واصرح منه خبر منصور عن الصادق (عليه السلام) التهذيب /ج ٦ / ص ٢٤٠ الحديث (٥٩٤) من الكتاب قال قلت له (ع) : رجل في يده شاة فجاء رجل فادعاها واقام البينة العدول انها ولدت عنده ولم يبيع ويهب وجاء الذي في يده بالبينة مثلهم عدول بانها ولدت عنده ولم

....

يبع ويهب قال ابو عبدالله (ع) حقها للمدعي ولا اقبل من الذي في يده بينة لان الله عزوجل انما امر ان يطلب البينة من المدعي فان كانت له بينة والا فيمين الذي هو في يده هكذا امر الله عزوجل . وهذا الخبر صريح فيما ذكرنا من لغوية بينة المدعى عليه وكون المدار تمامه في مقام الفصل على بينة المدعي فتكون هذه الرواية مفسراً لتلك العمومات من قوله البينة على المدعي واليمين على المنكر وهذا واضح.

واما ضعف الرواية فقد قلنا بما لا مزيد عليه في الاصول فمنجبر بذهاب المشهور الى العمل به.

فلا يصغىٰ لما في الجواهر وغيره من لزوم تقديم بينة الداخل نظراً الى ما في العمومات من حجية البينة من المدعي والمنكر والى بعض الاخبار التى سنتعرض لها وان كان هو (قدس سره) اعترف بلزوم تقديم الخارج في المطلقين لمكان الشهرة المذكورة دون غيره لكنه لا وجه للتفصيل ايضاً بعد تصريح الخبر المنصوص في ذكر السبب كما لا يخفى .

واما الاخبار المعارضة فمنها رواية اسحاق عن أبي عبدالله (عليه السلام) التهذيب ج / ٦ / ص ٢٣٣ باب البينتين يتقابلان ... الحديث (٥٧٠) من االكتاب ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين (عليه السلام) في دابة في ايديهما واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فاحلفهما علي (ع) فحلف احدهما وابى الآخران يحلف فقضىٰ بها للحالف فقيل له لو لم يكن في يد واحد منهما واقاما البينة قال (عليه السلام) احلفهما فايهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين قيل فان كانت في يد واحد منهما واقاما جميعاً البينة قال (عليه السلام) اقضي بها للحالف الذي في يده . ومحل الاستشهاد الفقرة

....

الاخيرة حيث تدل على عدم الحكم ببينة الخارج بل وان القضاء لمن بيده المال مع يمينه.

ومنها : خبر غياث عن أبي عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام التهذيب ج / ٦ / ص ٢٣٤ باب البينتين تتقابلان الحديث (٥٧٣) من الكتاب. اختصم اليه رجلان في دابة وكلاهما اقاما البينة انه انتجها فقضى بهاللذي هي في وقال لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين.

ومنها : الخبر العامي عن جابر بن عبدالله الانصاري ان رجلين تداعيا دابة واقام كل منهما بينة انها دابتة انتجها فقضي رسول الله صلى الله عليه وآله للذي هي في يده.

ولا يخفى ان هذه الاخبار وان كانت معارضة مع ما تقدم من المرسل وخبر المنصور الا انه لا بد من رفع اليد عنها والاخذ بالخبرين السابقين لمكان ذهاب المشهور على العمل بهما وموفقتهما للقواعد بخلاف هذه الاخبار فانها مخالفة للقواعد ولم تكن معمولة عند الاصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) لما عرفت من ذهاب المشهور الى العمل على خلافها وهذا المقدار يكفي في وهنها.

ولئن اغمض عن ذلك نقول انه بعد المعارضة ينتهي الامر الى اعمال المرجحات من المخالفة للعامة والموافقة للسنة فيكون المرجح لما ذكرناه هو العمومات من مثل قوله : (البينة على المدعي واليمين على المنكر) وبذلك لا بد من المصير الى ما ذكرناه من تقديم بينة الخارج دون الداخل الذي بيده المال.

واما الترجيح بموافقة العامة فلا سبيل له في المقام لاضطراب اقوالهم في ذلك فان الصريح المنقول عن احمد بن حنبل هو الاخذ ببينة الخارج على ما هو مضمون خبر المنصور والمرسل والصريح المنقول عن الشافعي هو تقديم بينة يده

. . . .

الداخل وكذلك اصحاب الشافعي وابو حنيفة في بعض فروض المسألة فيما لم يتكرر سببه كثوب القطن أو الابريسم والدابة ومع هذا الاختلاف كيف يكون الحال في الترجيح بها.

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا انه فيما لو اشهد للمتسبب بالسبب وللخارج بالملك المطلق فانه يقضي للخارج دون المتشبث وان شهدت بينة الخارج بالملك المطلق فما عن المحقق قده وتبعه صاحب الجواهر قده سره من القضاء لصاحب اليد من وجه له خصوصاً بعد ما ذهب اليه من لزوم تقديم بينة الخارج في اصل المسألة والمسألة الاتية في صورة كون يد كل واحد منها على العين حيث علل القضاء بالنصف بان تكون يد كل واحد على النصف وقد اقام الآخر بينة عليه فيقضي له بما في يد غريمه وهذا صريح في الغاء بينة الداخل بالمرة وان المعيار انما هو على بينة الخارج وبعد ذلك لا وجه لذهابه في المقام الى التفصيل بين ذكر السبب وعدمه خصوصاً مع صراحة خبر المنصور في ذكر السبب فظهر مما ذكرنا ان الاقوى تقديم بينة الخارج مطلقاً سواء شهد بالسبب ام لا وسواء كان السبب مما يتكرر كالبيع والصياغة أم لا كانتاج ونساجه ثوب الكتان والابريسم، وغيرها هذا كله في الصورة الاولى وهو ما لو كانت العين في يد احدهما خاصة.

واما الصورة الثانية وهي ما لو كانت العين في يديهما فالمشهور هو القضاء بينهما نصفين من دون ملاحظة الترجيح بالاعدلية والاكثرية وقد ادعى الاجماع عليه كما في الجواهر ، وفي المسالك لا اشكال في الحكم بينهما نصفين وكيف كان فلا خلاف بين الاصحاب في الحكم المذكور وهو التنصيف من دون ملاحظة الترجيح بالاعدلية ونحوها الا ما حكي عن المهذب والمفيد والاسكافي وابن حمزة من تخصيص الحكم المذكور فيما لو تساوت البينات عدد أو عدالة واطلاقاً

. . . .

وتقييداً مع اختلاف يسير بينهم لبيان المرجح من اعتبار الاعدلية خاصة أو الاكثرية كذلك أو اعتبارهما معاً لكن الذي يظهر منهم هو خلاف ذلك لظهور كلماتهم في ذلك فيما لم يكن لاحدهما يد عليه وهو غير الفرض الذي نحن بصدده الان، نعم ابن حمزة ذكر في خصوص المقام على ما في الجواهر بانه لو تساوت البينات كان المدعىٰ بينهما نصفين واما مع الاختلاف فلا ينحل من ثلاثة اوجه :

اما ان تكون مطلقة والاخرى مقيدة والحكم للمقيد.

أو تكون احداهما عادلة والاخرىٰ غير عادلة والحكم للعادلة.

أو تكون احداهما اكثر مع التساوي في العدالة والحكم لاكثرهما عدد انتهىٰ المحكي من كلامه لكنه لا ريب في ضعفه لعدم الدليل على ما ذكر فضلاً عن قيام الدليل خلافاً لها.

وانما الخلاف والاشكال في سبب التنصيف فقيل ان الوجه فيه انما هو من جهة تساقط البينتين فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينة في البين وقيل ان الوجه فيه انما هو بلحاظ الترجيح بلامرجح أن لكل منهما اليد على نصفها وتتقدم بينة كل منهما بما في يده وعن المحقق (قده) تعليله بان تكون يد كل واحد على النصف وقد اقام الآخر بينة فيقضىٰ له بما في يد غريمه.

وتظهر الثمرة في اليمين فانه على الاول يلزم اليمين على كل منهما كما تقدم في المسألة الا فيما لو كانت العين في يديهما اذ بعد تساقط البينتين يبقى الحكم كما لو لم تكن بينة في البين والحكم فيها هو التحالف كما قدمنا نعم لو بنينا على سقوط اليدين ايضاً بالمعارضة كما عن الجواهر في تلك المسألة يسقط اليمين لان قول كل منهما هي لي دعوىٰ بلا مدعىٰ عليه ، وفي مثله يحكم

. . . .

بالتنصيف اما لسببية الدعوى لذلك او من جهة المرسل السابق عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أو التعدي من نصوص الودعي على التفصيل المتقدم.

وعلى الآخرين لا يمين اما على اولاهما فمن جهة ترجيح كل من البينتين باليد لان المفروض على هذا الوجه هو حجية بينة الداخل ايضاً ، وحيث كان بينهما التعارض كان المرجح لكل واحد منهما هو اليد فيحكم بها لكل واحد بما في يده بلا احتياج الى ضم اليمين ، واما على الثاني فلا يمين ايضاً لان المفروض على هذا الوجه هو ان الغائب بينة الداخل وكونها كان لم تكن فيبقىٰ الميزان حينئذٍ هو بينة الخارج بلا احتياج الى اليمين اصلاً فيقضىٰ لكل منهما بما في يد غريمه وكيف كان فالاقوى هو ما ذكره المحقق « قده سره » فانه هو الذي تقتضيه القواعد بناءً على ما تقدم من قضاء كل يد منهما على النصف حيث يكون كل منهما مدعي بالنسبة الى ما في يد صاحبه ومدعىٰ عليه بالنسبة الى ما في يده من النصف وفي مثله لو اقام البينة على ان العين كلها له وهذا اقام البينة ايضاً على العين كلها له فتلغىٰ البينة بالنسبة الى ما في يديهما من النصف باعتبار كون البينة من بينة الداخل ويؤخذ بها بالنسبة الى ما في يد الغريم لكونها من بينة الخارج على القواعد المقتضية لكون البينة على المدعي ولذا ذكرنا فيما تقدم انه اذا فقد البينة كان القضاء على التحالف بان يحلف كل واحد على النصف الذي بيده فيقسم بينهما ان يكون تداعي في البين.

نعم يشكل على المحقق « قده سره » في ذهابه في المسألة السابعة الى التنصيف بلا استحلاف كما يشعر بذلك نسبة الحلف الى القيل مع ذهابه في المقام بالقضاء لكل واحد بما في يد غريمه جهة تقديم بينة الخارج .

وكيف كان فلا ينبغي الارتياب بان مقتضى القواعد هو ما ذكرناه من الغاء

. . . .

بينة الداخل والقضاء بما في يد كل منهما لغريمة بمقتضى نهوض البينة ويدل عليه مضافاً لما ذكرناه المرسل المتقدم لامير المؤمنين « عليه السلام » في البينتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان انه يقرع بينهما اذا عدلت بينة كل واحد منهما وليس في ايديهما فاما اذا كان في ايديهما فهو بينهما نصفين وان كان في يد أحدهما فالبينة فيه على المدعي واليمين على المدعىٰ عليه ويدل عليه ايضاً خبر منصور المتقدم من حيث الغاء بينة الداخل وكونها كان لم تكن .

تهذيب الاحكام ج ٦ / ص ٢٣٣ حديث (٥٧٠) ، باب البينتين تتقابلان ...الخ . نعم خبر اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله « عليه السلام » ان رجلين اختصما الى أمير المؤمنين « عليه السلام » في دابة في ايديهما واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فاحلفهما علي « عليه السلام » فحلف احدهما وابىٰ الآخر ان يحلف فقضى بها للحالف ، ولعله هو المدرك للقول الاول والتحالف بناء على سقوط البينتين بالتعارض لكنه لا ريب في ضعفه لكونه خبر واحد وقد اعرض عنه الاصحاب « رضوان الله تعالى عنهم » فلا يصلح للتقييد بل لا بد من طرحه .

واما الصورة الثالثة وهي ما لو كانت العين في يد ثالث فيقضى بارجح البيتين بلا خلاف من احد ومع التساوي يقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف وقضي له ومن امتنع فقضى بينهما بالسوية .

نعم مع الاختلاف في تعيين ما هو المرجح لاحدهما فعن بعض الاقتصار بالاعدلية كالمفيد والسلار ، وعن بعض آخر كالاسكافي والصدوقين الاقتصار بالاكثرية لذلك .

نعم ظاهر الصدوقين ربما يومي الى اعتبار الاعدلية اولاً فقد قالا فان استوى

....

الشهود في العدالة فاكثرهما شهوداً لكنه لا يكون نصافي اعتبار الاعدلية وعن بعض اعتبارهما معاً من دون ذكر الترتيب بينهما كالشيخ (قده سره) في الخلاف قائلاً انه هو الظاهر من مذهب الاصحاب وعن رابع كالمحقق (قده سره) وجماعة قد ادعوا اشتهار المشهور على اعتبارهما معاً مع ترتيب الاعدلية والاكثرية والقرعة حيث قالوا واما لو كانت العين في يد ثالث قضي بارجح البيتين عدالة فان تساويا قدم أكثرهما عدداً ومع التساوي عدالة وعدداً يقرع بينهما فمن خرج أسمه حلف ويقضي له وعن خامس كالديلمي والشيخ في موضع من الخلاف الاقتصار على ذكر المرجح مطلقاً من دون بيان له ولا ذكر القرعة وعن سابع الاقتصار على القرعه خاصة كالعماني .

ولا يخفىٰ ان منشأ هذا الاختلاف هو اختلاف الروايات واليك بعضها :

ففي صحيحة داوود عن أبي عبدالله (عليه السلام) في شاهدين شهدا على امر التهذيب /ج ٦ / ص ٢٣٣ باب البينتين يتقابلان الحديث (٥٧٢) واحد وجاء آخر ان فشهدا على غير الذي شهد الاولان واختلفوا قال عليه السلام يقرع بينهم فمن اقرع عليه اليمين فهو اولىٰ بالقضاء .

ومثله الصحيح الآخر عنه عليه السلام غير انه قال وهو املى بالحق الخبر .

وظاهره هو ما ذهب اليه العماني من عدم اعتبار شيء من المرجحات المذكورة غير انه تعتبر القرعة حينئذٍ لكن لا بد من تقييده ايضاً بما تسمعه من اعتبار الاعدلية والاكثرية كتقييده بما دل على القضاء بالحلف بعد القرعة كما انه لا بد من تقييده ايضاً بما اذا لم تكن العين في يد واحد منه لما عرفت من النصوص سابقاً من التصنيف فيما لو كانت العين في يدهما والقضاء ببينه الخارج فيما لو كانت العين في يد احدهما .

. . . .

الفقيه : ج ٣ باب حكم المدعيين فى حق يقيم كل واحد منهما البينة وفي الصحيح ايضاً ان علياً أتاه قوم يختصمون في بغلة فقامت البينة انها لهؤلاء انتجوها على مذودهم المذود : معتلف الدواب لم يبيعوا ولم يهبوا وقامت لهؤلاء بمثل تلك البينة بمثل ذلك فقضي لاكثرهم بينة أو استحلفهم وهذا الصحيح باطلاقه حيث يدل على اعتبار الاكثرية خاصة فينطبق على مذهب الاسكافي والصدوقين .

التهذيب / ج / ٦ ص ٢٣٣ / باب البينتين تتقابلان الحديث (٥٧١) وفي خبر البصري عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال : كان علي (عليه السلام) : اذا اتاه رجلان ببينة شهود عدلهم سواء وعددهم سواء اقرع بينهم على ايهم يصير اليمين قال وكان (عليه السلام) يقول اللهم رب السموات السبع ايهم كان له الحق فأده اليه ثم يجعل الحق للذي يصير عليه اليمين اذا حلف وظاهر هذه الرواية هو اعتبارهما مقدما للاعدلية على الاكثرية كما هو مقتضى الترتيب .

التهذيب / ج / ٦ ص ٢٣٤ / باب البينتين يتقابلان الحديث (٥٧٦) وفي موثق سماعه عن أبي عبدالله (عليه السلام) ان رجلين اختصما الى علي (عليه السلام) في دابة فزعم كل واحد منهما انه أنتجت على مذوده المذود : معتلف الدواب واقام كل واحد منهما بينة سواء في العدد فاقرع بينهما سهمين فعلّم السهمين كل واحد منهما بعلامة ثم قال اللهم رب السموات السبع ورب الارضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ايهما كان صاحب الدابة وهو اولى بها فاسئلك ان تقرع تخرج سهمه فخرج سهم احدهما فقضى له بها وهذه الرواية وان لم يكن فيها ذكر اليمين لكنها مقيدة بما عرفت من النصوص المنضمة لحلف من خرجت القرعه باسمه كتقييد رواية عبدالله بن سنان.

فتلخص من ان مقتضي شناعة الاطلاق والتقييد من حمل مطلقها على

. . . .

مقيدها هو تخصيص تلك النصوص بما اذا لم تكن العين في ايديهما لما عرفت من النص الدال على التصنيف فيما اذا كان بايديهما والقضاء للمدعي اذا كان في يد واحد منهما وذلك كخبر المنصور المتقدم والمرسل عن أمير المؤمنين (عليه السلام) كتخصيص نصوص القرعة ايضاً بما اذا تساوت البينات عدداً وعدالة كما بدل عليه ايضاً قوله (عليه السلام) في المرسل يقرع بينهما فيه اذا اعتدلت بينة كل واحد منهما وليس في ايديهما، وكذلك يقيد ايضاً ما في تلك النصوص من القضاء بالاعدلية والاكثرية أو بالقرعه بالنصوص المتضمنة لذكر اليمين كما في خبر البصري وخبر أبي بصير فلا وجه لما يتوهم من عدم اعتبار اليمين اما مطلقاً أو في خصوص الترجيح بالاعدلية والاكثرية نعم ليس في نصوص الاعدلية ما يدل على اعتبار اليمين الا ان الظاهر هو اتحاد حكمها مع الاشهرية التي نطق باعتباره خبر أبي بصير مع انه يمكن ان يقال بكونه أي اعتبار اليمين هو مقتضي القواعد بعد فرض تساقط البينتين في كلتا مرحلتي الحجية والميزانية فان الظاهر هو الاخذ بالارجح بعد فرض تساقطهما هو كونه في مقام ترتيب الاثر والحجية لا في مقام ميزانية ذي المرجح منهما ضرورة احتياجه الى عناية زائدة مفقودة في المقام فتكون الاعدلية حينئذ كاليد أو الاصل في كونه مقوياً لقول صاحبه فيكون كما لو كانت العين في يده في توجه اليمين عليه على قواعد المدعي والمنكر بل يكفي في ذلك مجرد احتمال ان يكون الاخذ بالاعدلية والاكثرية بلحاظ الحجية وترتيب ألاثر، فان القدر المتيقن من الاخذ هو ما ذكرنا من كونه بلحاظ الحجية وترتيب الاثر دون لحاظ الميزانية وعليه فمقتضى القواعد هو الاحتياج الى اليمين على قواعد المدعي والمنكر وعليه كان ما ورد من اعتبار اليمين في الاكثرية وفي القرعة على طبق القواعد فان الاكثرية أو القرعة كانت موجبة لتقوية جانبة وكانت اليمين

. . . .

ايضاً وظيفة لمن قوى جانبه بالاصل أو غيره فتأمل فانه نافع .

واما الاعدلية فلا ريب في الترجيح بها لرواية البصري المنجبر ضعفها بالشهرة واما تقديمها على الاكثرية في مقام الترجيح فمبنيٌ على استفادة الترتيب الحقيقي من قوله (عليه السلام) عدلهم سواء وعددهم سواء كما لا يبعد الالتزام به ايضاً ، فانه ايضاً يصير اخصا مطلقاً من روايات الباب الدالة باطلاقها على الترجيح بالعدد ولو مع الاعدلية في جانب آخر فيقيد اطلاقها بما اذا لم يكن في جانب آخر واما اذا بنينا على استفادة ذلك وان مجرد الترتيب الذكرى لا يدل على الترتيب الحقيقي بينهما لامكان ان يكون عرضيين فلا محاله يقع التعارض بينه وبين ما دل على الترجيح بالاكثرية القاضية باطلاقها على كون المدار عليهما ولو مع الاعدلية في جانب آخر.

نعم لو كنا ورواية البصري المتضمن لكل من الاعدلية والاكثرية لامكن دعوى تقديم الاعدلية عليها بمقتضي قضية اطلاقها بخلاف العكس حيث لا يمكن دعوى تقديم الاكثرية التي في تلك الرواية على الاعدلية ، لكن المفروض عدم انحصار دليل الاكثرية على رواية البصري لوجودها في روايات آخرى ايضاً كصحيح أبي بصير وموثقة سماعه فيقع التعارض بينهما ، حينئذ في صورة اختلاف البينتين بالاعدلية في جانب والاكثرية في جانب آخر الا ان يقال بان الترجيح حينئذ للاعدلية لمكان الشهرة بين الاصحاب ووجود رسالة لعلي ابن بابويه التي قيل فيها انهم كانوا ذا اعوزتهم النصوص رجعوا اليها ولا جماع ابن زهرة فتأمل جيداً وكيف كان فلا اشكال في انه مع انتفاء الامرين يعني الاعدلية يقرع بينهما فباسم ايهما خرج يحلف ويدفع اليه المال من دون فرق بين ان تكون الشهادة بالملك المطلق أو المقيد فلا وجه حينئذ لما عرفت من المبسوط من

. . . .

القضاء بالقرعة اذا كانت الشهادة بالملك المطلق والتقسيم بالسوية اذا كانت بالملك المقيد وانه لو اختص احدهما بالتقييد قضي بها دون الآخر وان قيل في توجيهه الجمع بين نصوص القرعه وخبر تميم ابن طرفة وخبر الغياث على مقتضى صناعه الاطلاق والتقييد.

ولكن فيه انه لاوجه لهذا الجمع فان اخبار القرعة ما هو مقيد ايضاً كخبر ابن سنان وسماعه وان كان فيه مطلق كصحيح داود مثلاً وفي اخبار النصف ما هو مقيد كخبر غياث وما هو مطلق كخبر تميم ابن طرفه بل في خبر اسحق المتقدم هو تحليفهما معاً فايهما حلف قضي له وهذا خارج عن الجمع وبالجملة لاوجه لهذا التفصيل لعدم الدليل عليه يقتضي المصير اليه عدى خبر الغياث المعلوم قصوره عن المقاومة مع تلك النصوص الصريحة الصحيحة المقتضية للرجوع المرجوع الى القرعة ونكولها عن اليمين او بما لو خرجت القرعة باسمهما من جهه صيرورتهما كما لو كانت حينئذ في يدهما وهذه وان كانت منافية لنصوص القرعة حسب ما يرى من ظاهرها لكن التأمل فيما يقضي اطلاقها من جهة ما يتصورلها من الشقوق الثلاثة كما لا يخفى هذا كله اذا كانت العين في يد ثالث واما اذا كانت العين في يد احدهما فالظاهر ان حكمه حكم ما لو كانت في يد ثالث لاطلاق النصوص المتقدمة.

فرع:

اذا كانت هناك شركات وكان لها رأس مال وهذه الشركات تشتغل بالتجارة واصابها الخسران أوجب ان تكون الشركة مديونةً بديون وهذه الديون تارة تكون مستوعبة لجميع ما يكون للشركة من رأس المال وتارة لا تكون مستوعبةً لرأس المال بأجمعه، وعلى كل تقدير تارة من دون ان يكون مدراء الشركه قاصرين في

. . . .

اعمالهم وتارة يكون من جهة قصورهم في اعمالهم في التجارة وعلى كل تقدير فان اصحاب الشركة اي المديرون لهذه الشركة تصرفاتهم مجازين فيها من قبل أصحاب الاءسهم تارة يكون اجاز أصحاب الاءسهم على نحو الاطلاق وتارة تكون للتجارة وتارة تكون بعنوان المضاربة وعلى جميع التقادير يكون المدراء على علم بايجابه الخساره وتارة جاهلين بذلك وعلى كل التقادير تارة تكون اموال الشركه متلفة أو اتلفت عن سابق أصرار وتصميم وعلى جميع التقادير تارة يكون المدراء جاهلين بهذا التلف أو الاتلاف أو كانوا عالمين بذلك وعلى كل هذه التقادير تارة تكون شركة حكمية وتارة تكون الشركة حقيقية الناشئه من عقد الشركة وتارة تكون حكمية من جهة اختلاط الاموال فهنا فروع لا بد من التعرض لها وللشركات الموجودة في العالم .

الفرع الاول : اذا شكل جماعة شركة فهذه الشركة تارة حقوقية واقعية بسبب العقد اي الشركة المتشكلة تكون شركة حقيقية وحقوقية بمعنى ان الشركة مسيطرة على هذه الشركة وكانت الشركة شركة في الملكية لا في المملوكية كما ذهب اليه صاحب الجواهر والعاملين برائه من المعاصرين فتكون شركة حقوقية من ناحيتين اذ نفس الهيئة الاجتماعية تكون متعهدةً للشركة لا الافراد المساهمين حتى يكون من باب الاختلاط في الاموال وعدم التمييز بينهما ، ويكون من باب الصلح القهري والا فالشركة الحقيقية عبارة عن شركة واقعية التي تتشكل بالعقد وليس المناط اختلاط الاموال بل المناط اختلاط السلطنتين او الاكثر اذا كان الشركاء كثيرين وتكون هذه الشركه حقيقية من ناحية ان الشركاء مختلطين في ناحية الملكية وايضاً تكون الشركة حقوقية من ناحية ان الشركة هي المالكة لرؤوس الاموال ويكون المساهمين الحقيقين خارجين عن الشركة وتكون آثار ملكيتهم

....

تباين آثار ملكية الشركة تباين الرتبة المتقدمة عن الرتبة المتأخرة ولا يمكن نفوذ الرتبة المتقدمة في الرتبة المتأخرة ولا يمكن نفوذ الرتبة المتأخرة على الرتبة المتقدمة والا لا أثر لكل شيء في كل شيء وتكون الشركة ذات قيمة ويمكن له البيع والشراء من دون ان يكون محتاجاً الى علم صاحبي السهام بل ولا اجازتهم وتكون الديون الواردة على الشركة هو نفسه ضامناً له من دون ان يكون المساهمين فيه ضامنين لها والديون التي ياخذها منه يكون هو الدائن ويكون المدينين ضامنين له وعلى هذا فهذه شركة حقوقية من ناحية السلطنة وحقوقيةً من ناحية نفس البنك أو الشركات كالدولة كما سيجيء التفصيل في ذلك وهذه الشركة لها احكام خاصة تختص بها دون الشركة المتقدمة التي صار اليها صاحب الجواهر لان تلك لا تكون شركة ، ولا يثبت عليها آثار الشركة الواقعية كما مر وسيجيء وعلى هذا فان الشركة الحقيقية والحقوقية لها آثار نتعرض لها .

الفرع الثاني : اذا شكل جماعة شركة حقيقية وواقعية وجعلوا لها افراد ووكلاء منهم يقومون بادارة الشركة فان هذه الشركة تكون عمومات الشركة ناظرة الى استفادة الشركة وتارة تكون الاستفادة تغاير عمومات التجارة وتارة تكون مع عمومات التجارة نفسها وتارة تكون بينهما المطلق والمقيد وتارة تكون عموماً من وجه وتارة تكون بينهما التباين .

فرع :

لو شكلوا الشركة على هذا النحو وكانت مصلحة الشركة ان تكون جميع معاملاتها بالبيع نسيه والبيع النسيه تارة يجمعون الاموال والبضاعات ويعقدون تبايناً بين الشركات على ان بين هذه الاموال والصناعات شركة معاطاتية وهذا ايضاً نسميه شركة حقيقية واقعية في قبال صاحب الجواهر الذي يحكم بان كل

. . . .

الشركات يكون حكمية ومن الواضح ان هذه الهيئة الاجتماعية كما سنبينه مفصلاً يليق ان تكون متملكةً للعملات الصعبة والبضايع وقد ذكرنامفصلاً ان هذه الهيئة الاجتماعية تكون مالكةً لما بين يديها ومن هنا نقول بانها شُركة حقوقية ، وفي كل الموارد الذي نعبر عن الشركات بانها حقوقية معناه ان السلطنة تكون لهذه الهيئة الاجتماعية ، ومن ناحية اخرى تقول ان حقوقية هذه الهيئة لا يمكن ان تكون من جهة اختلاط الاموال فلو كانت من جهة اختلاط الاموال لم تكن الشركة متحققةً للهيئة الاجتماعية ولم تكن شركة في البين اصلاً لان الهيئة الاجتماعية التي نعبر عنها بالشركة لو كان تحققها باختلاط الاموال كانت مورداً لجريان قاعدة العدل والانصاف ولم يكن كل واحد من الشركاء ذايدٍ على المال المشترك ولم تكن الهيئة الاجتماعية مالكة لما سيطرت عليه من الاموال والحال ان المشتركين مالكين لهذه الاموال بالملكية التي لها آثار خاصة تختص بهم والهيئة الاجتماعية تكون مالكه لهذه الاموال بالآثار التي تختص بها دون ملاكهم الاولين وثمرة هذه الملكيتين ان الاول له اختيار في انه يؤسس الشركات واذا اراد فسخ هذه الشركة يجوز له على تقدير الجواز في عقد الشركات وعلى تقدير اللزوم بالخيارات التي تكون ثابتة في العقود الملزمة وبعد انعقاد الشركة يكون المال الموجود في الشركة الثابتة للهيئة الاجتماعية ان يتصرف فيه بتصرف ما تراه مصلحة الشركة وان لم تكن مصلحة للشركاء ومصلحة الشركة تارة تباين مصلحة الشركاء بعنوان التباين وتارة مصلحة الشركة تنافي مصلحة الشركاء بالعموم والخصوص المطلق ، وتارة تنافي مصلحة الشركاء بالعموم والخصوص من وجه وبعد تحقق الشركة لا بد وان تراعى مصلحة الشركه لا الشركاء وعمومات الشركة تارة تكون ناظرة للشركاء وتارة تكون ناظرة للشركة ومن الواضح ان الشركة الحقوقية لا تكاد تكون الا باختلاط الملكيتين لا

....

المملوكتين الذي ادعىٰ عليه صاحب الجواهر وتابعيه ، والملكيتين انما تكون مكوّنة للشركة وعلة لها كما سيجيء البحث فيه مفصلاً وقدمنا فيه البحث ايضاً وعلى هذا فان ما قلنا من ان الشركة الحقوقية معناها ذلك ولا يمكن باختلاط الاموال ان تكوّن الشركة متحققة لان الشركة المتحققة باختلاط الاموال وان جيء بها العقد مشروطاً بالاختلاط كما مال اليه صاحب الجواهر فان هذه خارجة عن عقد الشركة على رأي القدماء (قده) اذ يظهر من الاصحاب انهم لا يرون تمليك الفرد المردد كما ان العقلاء ايضاً لا اعتبار لهم في تمليك الفرد المردد ولا يرون الملاك مالكين للفرد المردد وسيجيء التعرض له مفصلاً انشاء الله من الفروع المترتبة عليه .

وقد ذكرنا ان الشركة الحقيقية الحقوقية يمكن ان تكون سهامية مشترطين فيها شرائطاً وهذه الشرائط يراعى فيها مصلحة الشركة لا الشركاء .

الفرع الثالث : اذا شكل نفرين او اكثر شركة ، فان هذه الشركة تارة تكون حقوقية وتارة تكون حكمية من جهة اختلاط الاموال اما اذا كانت الشركة عقدية بمعنى انه شركة حقيقية فان في الشركات الحقيقية يكون الشركاء على ذمتهم التصرفات التي يتعاملون بها واذا وكلوا مدير للتعامل باموالهم يكون هذا الوكيل بمناسبة دليل التنزيل يكون نازلاً منزلة الموكل في كل تصرفاته وحيث تصرفه في المال على حسب قرار الموكل وتلف مال الشركة يكون غير ضامن للتلف لانه امين ولا يضمن الا مع التعدي والتفريط وهذا في ما اذا كان التلف وارد على الشركة وكانت الشركه عقدية وكان المدير للشركة قد تلف المال في يده بعد ان كان اميناً وكان التلف الوارد على المال تلفاً سماوياً أو كان التلف الوارد على المال بدون التعدي والتفريط كتنزل السوق أو كان التلف من دون اختيار له أو كان يريد النفع

. . . .

فأوجب التلف فان في هذه الموارد لا يكون المدراء للشركة ضامنين لذلك .

فرع :

اذا كان المدراء للشركة باعوا السلع المتجر بها للشركة التي شكلت الشركة للتجارة باقل من ثمن المثل من جهة اقتضاء التجارة لذلك حيث كانت السلع في معرض الفساد وحيث ان المصلحة التجارية اقتضت ان يبيعوها باقل مما يكون له القيمة الواقعية اوجب ان يكون الضرر الناشيء من هذا البيع خسارة للشركة واوجب نقصاً للسهام المتشكلة بها الشركة ففي هذا المقام لما كان العرف مقتضياً ان البيع باقل من ثمن المثل دفعاً للافسد بالفاسد ويكون السوق بنائه على هذه المنوال يكون المدراء غير ضامنين لذلك ، وكذلك فان الاذن في التجارة على منوال السوق يكون اذناً عاماً فلو اقتضت المصلحة العامة ان يبيعه نسية لان التجار انما يتجرون ببيع سلعهم وبيع السلع تارة يكون نقد وتارة يكون نسية لمصلحة اهم من بيعه نقد وذلك كما اذا كانت السلع في المخازن فان اريد بيعه نقداً فلا بد وان يبقى في الخرانه ويوجب ان تكون الشركة متضررة لما تدفع من الايجار الباهض لاجل ايجار المخازن والمصلحة تقتضي بيعه ولو كان نسية حتى لا تدفع الايجار الى المخزن فالمصلحة تقتضي ان يباع نسيه وامثال ذلك الذي تكون المصلحة التجارية مقتضية له فلا يكون بيع المدراء للشركة في هذا البيع من دون تعدي وتفريط ويكون العمل من المدراء صحيحاً واما اطلاقات ادلة التجارة انما تكون في مقام ما اقتضته التجارة فلو لم يبع ، ولو كان بيعاً نسية يكون متعدياً لا في مقام بيعه فانه تارة ينقد الثمن بعد الاجل وتارة يذهب ادراج الرياح فان هذه الشركة لما كانت مصلحة الربح فيها ان يبيع نسية تفاير اطلاق التجارة فان المقام لا بد وان يلاحظ مصلحة الشركة لا مصلحة التجارة فان مصلحة التجارة لما كانت السلع

....

المستوردة في الشركة كثيرة ويسبب بقائها الى الضرر على الشركة وان كان ذا نفع للشركاء ، ولكن مصلحة الشركة تباين مصلحة الشركاء والمساهمين وكذلك مصلحه الشركه تباين مصلحة التجارة اذ اطلاقات التجارة يكون المصلحة بيعه نقداً ولكن انما يراعي مصلحة الشركه وان كانوا الشركاء متضررين من هذه الجهة ، ولكن لما كان ذا نفع للشركة يكون المراعى هو جانب الشركة وكذلك عمومات التجارة فان المصلحة هي مصلحة الشركة ولو كانت عمومات التجارة منافيةً للمصالح التي تقتضيها الشركة ، اذا عرفت ما ذكرنا فندخل في الفروع المترتبة عليه .

الاول : اذا اصاب الخسران الشركة وكان القائم بادارة امور الشركة يده امينةً ومع ذلك اصابت الشركة خسران بدون التعدي والتفريط كان غير ضامناً لاملاكهم ويكون تلف المال من يد الامين اذالم يكن مورد الاتهام كانت الشركة غير ضامنةً له.

واما اذا كان تلف المال مع التعدي والتفريط من قبل الشركة فقاعدة من اتلف يكون مورد للضمان ولا تكون الشركة ضامنةً له الا بنحو تعاقب الايادي حيث ان صاحب التلف يمكن له الرجوع الى الشركه والشركة ترجع الى من كان بيده التلف كما ذكرناه في كتاب المضاربة مفصلاً .

واما اذا كانت مصلحه الشركة قد اقتضت ان يبيع بالخسارة وتضرر اصحاب الاسهم في سهامهم فان مصلحة الشركة تتزاحم مع مصلحة اصحاب السهام فيقل من قيمة اسهمهم واذا لم تراعى مصلحة الشركة تتضرر الشركه ففي هذا المقام لما كان المساهمين في البنك انما اوجدوا البنك أو المساهمين في الشركات أوجدوا الشركات فان فى اقدامهم لتشكيل الشركة يكونون مقدمين على بنائه فايجابه خلاف الامتنان في حق الشركه من جهة اقدامهم على تشكيل الشركه ولو كانوا جاهلين بايجابه التضرر من ناحية الشركة فحينئذ ايجابه للتضرر الواقعي لا ينافي

. . . .

اقدامهم على ذلك فلا اقل من معارضة نفي ضررها بضرر الملاك للسهام في بقاء الضرر على ممتلكاتهم المأذون من قبلهم بتشكيل الشركة فيما يملكون من الشركة وعلى فرض عدم الضرر عليه ايضاً يكفي فيه منع سلطنتهُ على ماله من جهة ان الشركة انما تريد بيعه باقل وهو ارفاق على المالك اذ حينئذ عموم نفي ضرر الغير مستتبع لخلاف المنة والارفاق في حق الغير ومثله خلاف سوقه وبهذه الملاحظة نلتزم بتقديم عموم السلطنة على نفي الضرر الوارد على الشركاء وان كان مثل هذا العموم حاكماً على نفي ادلة الاحكام كما لا يخفىٰ ، وبهذه الملاحظة ايضاً نلتزم بعدم جريان عموم نفي الضرر ويكون عرضة للغرماء واما لاموال الاخرى فليس الشركاء ملتزمين بها حتى يدفعون الديون الوارد على الشركة وبهذا تكون الثمرة بين الشركة الحقيقية والشركاء الاختلاطية .

فرع :

اذا اصاب الخسران اموال الشركاء الموجودة بحيث أوجب تلف رأس المال كلية فهل تنحل الشركة أو انه تكون الشركة بحيث ان اصحاب السهام اذا وجد لهم مال تكون الشركة باقية ويعاملون المعاملات على نسبة شركاتهم من قبل ان تتلف الاموال وحينئذ الثمرات تختلف فان الشركات التالفة اموالها من قبيل الشركات الحقيقية والعقدية فهذه الشركات العقدية لا يكون بقائها مدار بقاء المال فما دامت العهدة موجودة كانت الشركة ايضاً موجودة فاذا تلفت اموال الشركة بآفه سماوية كانت الشركة باقية فلو تفضل الله عليهم وحصل لهم منال لاموال كانت غير محتاجة لتجديد العقد ويجرون على منوالهم كما كانوا قبل التلف وهذا بخلاف الشركات التي بنى عليها صاحب الجواهر ومن تعبد برايه على خلاف المشهور فان الشركة انما تتحقق باختلاط الاموال الخارجية وهذا الاختلاط اذا كان موضوعه

....

باقياً ويحفض موضوعه اي اختلاط الاموال كانت الشركة باقية واما لو تلف ولو بآفة سماوية كانت الشركة منحلة تلقائياً لا انه يحتاج الى الفسخ بالانحلال الحقيقي من دون ان يكون هناك فسخ كما هو واضح .

فرع :

اذا كان المدراء مع علمهم بان المعاملات التي يتعاملون بها توجب الضرر على الشركة وهذا الضرر الوارد متداركة بالنحو الذي ذكرناه سابقاً ففي هذا المقام يكونوا في هذه المعملات خائنين في ذلك ، ولكن خيانتهم لا تقتضي ان تكون المعملات الموجودة في ايدهم من البيع والشراء باطلة لان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده فتكون المعاملات صحيحة ولكنهم ضامنين لاصل المال والربح الحاصل من هذه الاموال وعلى هذا ، وفي هذا المجال فتارة يكون المتعامل مع اموال الشركة عاملاً للشركاء وتارة يكون وكيلاً من قبل الشركاء .

فان كان صرف العامل عن الشركاء في التجارة بهذا المال بحيث كان عاملاً لاجراء العمل للشركاء كان موجباً لضمانه ، وان كان الشركاء قد اجازوه مطلقاً للتجارة باموالهم ولا يكون الضمان مرتفعاً عنه بالتصرف في هذه الاموال ولا يرتفع الا بالخسارة الموجود في هذا التصرف وتكون جميع تصرفاته صحيحة مع الضمان .

واما اذا كان وكيلاً من قبل الشركاء فان الوكالة حيث ان دليل التنزيل شامل لها فشمول دليل التنزيل يوجب ان يكون ان المالك وصاحب السهام اوجب الخسارة لنفسه ، ولا تكون المعاملات الواردة على المال موجبةً لضمانه الا مع التعدي والتفريط لان الموكل انما وكله وجعله اميناً ، ويكون التعدي والتفريط موجباً لزوال امانته ولكن يمكن ان يقال بان دليل قاعدة اليد حاكماً بان التصرفات

. . . .

الواردة صحيحةً ولكن خيانيةً ويكون ضامناً للربح والاصل اذا لم يكن الوكيل هو من اصحاب السهام فالتجارة بالاموال الموجودة في الشركة توجب ان تكون المعاملات كلها صحيحة ، ولكن يكون ضامناً للمال للجهة التي ذكرناها في هذا المورد ، واما اذا كان المتصرف في الاموال بالتجارة يكون له فروعاً آخر لا بد من ذكره في الفروع الاتية .

فرع :

لو وكل الشركاء احد اصحاب السهام للاشتغال بالتجارة وهذا الوكيل ثبت انه تصرف بالتجارة واتلف الاموال مع التعدي والتفريط ففي هذا المقام تارة نتكلم على مبنى المشهور وتارة نتكلم على مبنى صاحب الجواهر وتارة نتكلم على الشركات المختلطة وتارة على مبنانا فنقول :

الثاني :

فانه لو شكلوا أسهم بان كان اصحاب الاءسهم زيد من أثنين جعلوا أحد الشركاء وكيلاً عنهم للاتجار بهذا المال فكان اميناً لهم في هذه التصرفات وعن علم بان هذه التجارة توجب الخسارة في المال والتلف ، وكانت الشركة عقدية لا اختلاطية حتى تكون الشركة واقعية ففي هذا المقام اذا تصرف أحد اصالة من قبل نفسه ووكالة من قبل سائر الشركاء فسبب تفويت مقدار من الاموال عن سابق اصرار وتصميم بعد ان كانت الوكالة استنابة عن الموكل في الامور التي عينه له أو كان متعيناً للتدخل في ذلك ومن المعلوم ان الموكل لا يرضئ في تلف ماله بتعدي وتفريط وفي هذا المقام لا بد وان يكون الوكيل ضامناً عندما يتلف اموال الشركه اذ معنى عقد الوكالة هو الاستنابة عن الموكل في الامور التي يكون الموكل متصرفاً فيها وقضية الاستنابة تكون من الامور التكوينية التي يحكم بها العقلاء في جميع

. . . .

الموارد الذي يرون رضا المولى في ذلك وان لم يكن امراً بذلك وفي هذا المقام لو قام الوكيل بتلف المال كان خائنا ، ويخرج من الوكالة في مورد خيـانته ، ولكـن لمكان ان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده تكون الوكالة باقيةً ولكنه يكون ضامناً ، والضمان كما تقدم آنفاً وقد سبق منا مراراً ان هذا الضمان لا يرتفع بالاذن في التصرف الموجود أو الذي يسبقه أو الذي يأتي بعده وعلى هذا فـاذا كـانت الشركة عقدية على رأي المشهور يكون التلف ان كان مقدماً عليه يرد اولا على جميع الاسهم الوارد عليها التلف وان كان التلف وارد من قبل احد الشركاء الذي يكون تلفه ايضاً بتعدي وتفريط ولكن دليل اليد المـوجب للضمـان انمـا يكـون العموم وارداً على الامرين في رتبة واحده وليس بينهما ترتباً في النسبة واذا وردت قاعدة من اتلف أو قاعدة على المال التلفه بمعنى لنا عموم لا يجوز الاتلاف مال امرء مسلم اولا يجوز التصرف في مال امرء مسلم والضمـان انمـا يكـون للـهيئة الاجتماعية والهيئة الاجتماعية لما كانت ضامنةً له فلا اشكال ان المتلف لا يمكن ان يكون بهذا التلف موجباً للانحلال ولو كان التلف لكل رأس المال يكون الضمان بجعل المال الموجود في ذمة الضامن عوضاً عن التالف سواء كانت الشركة جائزة على مبنى المشهور أو كانت لازمة على مبني صاحب الجواهر فان المتلف اذا كان ضامناً لما أتلفه لا يكون موجباً لانحلال الشركة انما يكون موجباً للانحلال اذا كان الشركاء فاسخين للشركة والمال كان ناضجاً والقسـمة التـي بهـا انـحلال الشـركة فالقوانين الموجودة لانحلال الشركة له حقوقيتين الحقوقية الاولى ان تكون الشركة من قبل الملكيتين والثانية ان الحساب انما تكون الهيئة الاعتبارية هي المسؤول عنه وهذه الهيئة الاجتماعية لا تنحل الا باجتماع هذه الثلاثة والا فلا تكون الهيئة باقية حتى تتيسر الامور الثلاثة المتقدمة سواء كانت الشركة هي الشركة السهامية

. . . .

البحته أو كانت الشركة ذات مسؤولية محدودة أو كانت الشركة هي الشركة التعاونية للمصرف واتلاف مال امرء مسلم كحرمة دمه او ان التوقيع الوارد من الحجة (سلام الله عليه) (وعجل الله فرجه الشريف) حيث يقول لا يحل مال أمرء مسلم الا برضاه فكيف باموالنا فان لنا هذه العمومات ولنا عمومات كقاعدة اليد بقوله على اليد ما اخذت حتى تودي ولنا هنا اموال مضمنه واموال غير مضمنه فالاموال الغير مضمنة هي الاموال الموجودة لنفسه الذي يكون باختياره وان لم نقل بجواز اتلافها حتى يمكن له التلف عن سابق اصرار وتصميم الا انه له الحرمة التكليفية دون الوضعية وعلى هذا فان عموم اليد أو عموم من اتلف انما يرد على جميع هذه الاموال على نسق واحد ففي بعضها يؤثر في الحكم التكليفي وفي بعضها الآخر يؤثر في الحكم التكليفي والوضعي فقاعدة اليد تكون مؤثرةً في الكل على نسق واحد وتوجب اقتضاء الضمان في الكل وعلى هذا فمن له القابلية يؤثر الضمان اثره ومن ليس له القابلية لا يكون موجباً الا حسب قابليته فيكون التلف وارد على الكل ويكون التعويض مؤثر في الكل ويكون كل اصحاب الاءسهم حتى الذي اتلف المال في يده يكون ضامناً وفي هذا المقام اذاكان للشركة ديون تكون الديون له زيادة على الاموال المشتركة فاذ كانت الشركة حقوقية وواقعية لابد للشركاء دفع جميع الديون الموجودة في المال المشترك وتكون الشركة الموجودة للشركاء على مبنى المشهور هي الشركة في الملكية والسلطنة فلو تعدى احد الشركاء يكون ضامناً على رأي المشهور للكل ولو كان ما اتلفه اضعافاً مضاعفة لرأس مال الشركه اذ يقتضي ان يكون صاحب اليد مورد لورود قاعدة اليد عليه وقاعدة اليد انما ترد على طبيعة الاتلاف وهذه الطبيعة لا تختص بمورد دون مورد فعلى رأي المشهور يكون قرار الضمان على من بيده التلف على التفصيل المذكور

. . . .

في كتاب الاول في المضاربة .

واما على مبنى صاحب الجواهر اذ يحكم بان انعقاد الشركة ولو كانت بالعقد انما تكون الشركة واقعية والعقد بعد انعقاده لا بد وان يكون الاختلاط وارد عليه فالشركة العقدية انما هي عبارة عن ايقاع العقد بشرط تعقب الاختلاط فاذا لم يعقبه الاختلاط لا تكون الشركة اصلاً وعلى هذا المبنى يختلف الامر وذلك لان الشركة انما تحققت حقيقية لا حقوقية فيكون رأس المال المختلط مورد للتعامل اذا كان احدى أصحاب السهام كان وكيلاً للتجارة بكل الاسهم الموجودة في الشركة واتلف الاموال الموجودة في الشركة بتعدي وتفريط منه واوجب ديوناً على الشركة فمن المسؤول عن هذه الديون ، على مبنى صاحب الجواهر فان المسؤولية انما تتعلق بالشركة لا بالاشخاص الواجدين للاسهم وهذا المعنى واضح من جهة ان الشركة انما قامت بالاختلاط الذي تعقب العقد وتكون الشركة حقيقيةً وحيث كانت الشركة حقيقية فلا ربط له بالمساهمين فان المساهمين وان كان التلف مربوطاً بانفسهم الا ان هذا الربط آتياً من ناحية الضرر الوارد على الشركة ربوطاً بهذه الشركة التي هي الهيئة الاجتماعية ويكون المضمون له هو هذه الهيئة الاجتماعية وتكون الضامن هي الهيئة وهذه الهيئة لا بد وان تتدارك من دون ان تنفسخ الشركة بالمساهمين في هذه الشركة والشاهد على ذلك ان الشركة المتحققة في المقام لا يكون قيامها بنفس عقد الشركة وانما يكون قيامها وان كان بالعقد الا ان العقد لا يكفي لتجاوب الشركة على مبناه بل لا بد وان يكون الاختلاط متعقباً له ولهذا فلقد ذكرنا سابقاً ان على مبنى صاحب الجواهر تكون الشركة العقدية كالشركات القهرية والحكمية والمختلطة لا تكون الآثار المترتبة على الشركة الحقيقية مترتبة عليه ومن الآثار هو ان الشركة لو اصابتها الخسارة

. . . .

يكون رأس مال الشركة مورد للضمان لا الاشخاص الحقوقيين وذلك لان الشركة ولو كانت عقدية على مبنى صاحب الجواهر لا تتحقق الا بالاختلاط والاختلاط يوجب ان يكون الشركاء غير مالكين للمال الموجود بايدهم وانما يكون الشركاء واجدين لمال الفرد المردد وعلى هذا حيث ان المال لا يمكن ان يكون بغير مالك وحينئذ يكون المالك هي الشركة الاعتبارية أي الهيئة الاجتماعية والهيئة الاجتماعية تكون هي المدينة دون الاشخاص الحققيين لعدم اعتبار الملكية للفرد المردد وحينئذ يكون الدائن والمدين هو هذه الهيئة الاجتماعية من الشركاء دون الاشخاص فلا يكون الضامن لذلك الا الهيئة الاجتماعية فاذا ورد عليهم ديون يكون موجباً لتلف اموالهم فالتالف هو اموال هذه الشركة دون الشركاء ولا يكون الشركاء الذين يكون باختيارهم هذه الشركة ليس لهم يد على هذه الاموال لان العرف والعقلاء لا يعتبرون لهم الاستيلاء على الفرد المردد وحينئذ فلا يكون على اليد الموجبة لقرار الضمان على المساهمين وحيث ان اطلاق اليد يكون خروجه عن المساهمين بالتخصص لا بالتخصيص لان عموم على اليد في مال الغير انما يكون باعتبار العقلاء واذا لم يعتبر العقلاء للاشخاص الحقيقين مال يكون خارجاً عن عموم على اليد وحينئذ فالعقلاء انما يعتبرون الضامن والذي سيطر على المال هو الهيئة الاجتماعية وهذه الهيئة الاجتماعية يكون بتلف المال كلاً بتمامه ينتفي الموضوع وعند انتفاء الموضوع لا يكون الضامن موجوداً حتى يؤخذ منه وعند انتفاء بعضه تكون الشركة ضامنةً لا للاشخاص الحقيقين لان المال لا مالك له عند اعتبار العقلاء وغير مسيطرين على المال وانما سيطرتهم بان يكونوا وكاله وواسطه للتجمع في الشركة وحيث كان عملهم كذلك لا يكونوا ضامنين للخسارات الواردة على الشركة ويكون الضامن هو الشركه فاذا تلفت الاموال وكانت الشركة لا تملك

. . . .

للمدينين ينتفي الموضوع وبانتفاء الموضوع ينتفي الحكم فلا يبقى موضوع حتى يترتب عليه الحكم .

ولكن صاحب الجواهر قده تفطن لهذه الجهة وجعل عقد الشركة من العقود اللازمة وشأن عقود الشركة اذا كانت لازمة لا يوجب فسخها اذا تلفت الاموال ولكن حيث أنها على مبنى صاحب الجواهر قده متجهةً الى نحو اختلاط الاموال خارجيّاً لا يبقى بعد تلف الاموال موضوعاً للزوم العقد فشرطية الاختلاط متعقبةً عن العقد تارة تكون كشفاً حقيقياً عن صحة عقد الشركة أو تكون كشف صاحب الفصول أو تكون ناقلة على القول بالنقل .

اما الاول فان انعقاد الشركة التي هي عبارة عن ايقاع النسبة بين الملكيتين فالاختلاط خارج عنها نهائياً وانما تحتاج في انطباقها على الخارج وهذا من المحالات ان تكون شرطاً في صحة عقد الشركة فتنعقد الشركة ويؤثر في تصرفات الهيئة الاجتماعية. نعم تنعقد الهيئة الاجتماعية للشركة ولكن هذه الشركة لا يمكن ان تعمل كل شيء اذ ان اموال مختلطة لا يجوز التصرف لكل واحد من الشركاء فيها وترجع الى الصلح القهري ولو كان عقد الشركه عقديّاً الا ان عقده لا يؤثر في شركته الواقعية .

واما الثاني : أي كشف صاحب الفصول فيقصد عقد الشركة مطلقاً معلقاً بالاختلاط وحينئذ فان هذا القصد المطلق يكون معلقاً على الاختلاط وحيث ان الاختلاط امر اختياري يجب الاختلاط ليصح العقد فيكون الاختلاط شرط صحته لا شرط لزومه وعلى هذا فان اللزوم وارد من ناحية الاختلاط وحيث ان هذا العقد تكون فيه الاموال مختلطة ولا يكون على مبنى صاحب الجواهر العقد تشكيله حقوقيةً بل يكون حقيقاً أي خارجياً ولكن ترى الهيئة الشركاء مالكين كما نحن

. . . .

كذلك وعلى هذا فشرطية الاختلاط على مبنى صاحب الجواهر على هذا التوجيه الثاني لا يخرجه عن اشتباه الاموال التي تكون قاعدة العَد والانصاف حاكماً من دون ان تكون الشركة الواقعية موجودة اللازمة انه بتلف الموضوع لا ينتفي الحكم وحيث ان الهيئة الاجتماعية يكون حاكمةً على المال المختلط فقهراً تكون الهيئة الاجتماعية الذي هو امر اعتباري يرى بقائه للمال والشركاء وتكون هذه الهيئة ضامنةً للمال التالف ولكن الاشكال الذي قلنا بعدم ضمان الاشخاص الحقوقيين للمال لا يرد هذا الاشكال على هذا الامر الاعتباري لان الامر الاعتباري الذي انعقدت الهيئة له لا يمكن ان يكون امراً مردداً اذ لو كان الامر الاعتباري مردداً يوجب ان يكون المال بلا مالك وحيث ان العقلاء لا يرون اعتبار المال بلا مالك فلهذا لا يمكن القول بذلك للعقلاء ففي الهيئة الاجتماعية انما يرونه مالكاً بمعنى ان صاحب الجواهر (قده) ونحن نرى ان الهيئة الاجتماعية للبنوك مالكين وكذلك الشركات والهيئة الاجتماعية القائمة بالشركاء بنفسه مالكاً كما سيأتي التعرض له مفصلاً ولكن الفرق بيننا وبين صاحب الجواهر والمتعبدين له لا يفرقون بين اشتباه الاول والشركة فان اختلاط الاموال قهرياً أو اختيارياً يوجب ان يكون غير عقد الشركه وليس للمختلط اموالهم التصرف في هذه الاموال نهائياً الا مع اذن الكل في ذلك وهذا بخلاف عقد الشركه العقدية الواقعية فان الكل لهم ايادي ناقصة على جميع اموال الشركه ولهم التصرف في جميع الاموال الا إن يشترط بينهم غير ذلك وفي هذا المقام اذا كانت الشركه قهرية كالارث أو كان الاختلاط قهرياً من دون اختيار الملاك أو عقدا عقد الشركة متعقباً بالاختلاط كما صار اليه صاحب الجواهر لا يكون كما قلنا سابقاً من ان عقد الشركة لا يوجب الا ان تختلط الاموال وبعد الاختلاط يكون من باب اشتباه الاموال ويحرم التصرف في هذه الاموال ويكون

. . . .

مجالاً لقاعدة العدل والانصاف ويكون مغايراً للشركة وانما العقد يوجب لزومه من دون ان يمكن لواحد منهما التصرف في المال المجتمع كما هو في البنوك وهذا لا يكون شركة بل الاموال موجودة فيه ويكون مدير البنك مخولاً فى التصرف في هذه الاموال والهيئة الاجتماعية للبنك مالكه في الرتبة المتأخرة عن الدافعين للعملات الصعبة وتمليكه يوجب اقراضه والانتفاع بربحه ويكون للبنك بضاعه ينتفع بها ولا يكون المودعين مملكين للبنك وعلى هذا فيكون الاختلاط قهرياً ويمكن تصوير الملكية للبنوك كما نتصوره للشركات ايضاً بان المودعين انما يملكون النبوك أو الشركاء المساهمين في هذه الشركة اموالهم للهيئة الاجتماعية او للبنوك أو للشركات أي الهيئة الاجتماعية مالكه لهذه الاموال وتكون ملكيه الهيئة قادمة من تمليك ذو العقول حتى لا يبقى الملك بلا مالك وهذه الهيئة الاجتماعية ملكيتها من ناحية المساهمين في هذه الشركه فلا يجوز لاحد التصرف الا باذن باقي الشركاء ويكون على مبنى صاحب الجواهركل هذه الاموال مشتبهه ولا يمكن لهم التصرف ولكن هذا التوجيه للبنوك يكون خطأ لانهم لا يرون أنفسهم مالكين للعملات الصعبة وانما يرون كالمستودعين والمستودعين قانون البنوك ترى لهم الحق في استرجاعهم لما اودعوه متى ما اراد والمودعين ولا يرون البنوك مالكين للمال الذي أودعوها للاشخاص نهائياً وفي هذا المقام فان المستودع هل يجوز له التصرف في هذا المال المستودع للمصالح الشخصية بان يقرضه ويستربح منه فان الدليل الدال على ان الشرط في القرض يوجب الربا ان كان مطلقاً يشمل كل قرض ولو لم يكن من ناحية صاحب المال كان المقلم أيضاً ربا واما اذا لم يكن كذلك لا يكون ربا وسنتكلم في ذلك مفصلاً فالبنوك لا يملكون الاموال الموجودة بحوزتهم ويمكن لهم الاتجار بذلك بالمضاربة والاذن العام الذي اعطى لهم

. . . .

المستودع وهذا بخلاف الشركات حيث ان الشركات سواءً كانت سهامية أو كانت تضمينيه أو كانت تعاونية أو كانت من الشركات المحدودة انما يكون لها رتبتين من الملكية رتبة في ناحية تشكيلها ورتبة في ناحية بعد التشكيل وهذه الرتب لها آثار خاصة كل واحدة بها فان المساهمين انما يملكون لرأس المال وبه يشكلون الهيئة الاجتماعية للشركات وهذه الملكية انما يكون في الرتبة المتقدمة عن الشركات بلحاظه ايقاعيّاً وفي الرتبة المتأخرة تكون الشركه مالكة لرأس مالها وقوعيّاً ويمكن له التصرف في شؤون الشركة المتشكلة فلا الملكية المتقدمة تؤثر للملكية المتأخرة ولا الملكية المتأخرة يمكن لها النهوض لرتبة علتها ولكل منهما آثار تختص به في اعتبار العقلاء بعد ان كانت الملكية امراً اعتباريّاً يعتبرها العقلاء كاحكام واقعية بعد ان كانوا مدنيين الطبع في حوائجهم، ففي رتبة العلية يمكن للعقلاء ان يشترطوا ملكيةً خاصةً بهم أو باقاربهم أو بجهاتهم الخاصة ولكن اذا شكلوا الشركة فان الشركة بعد تشكيلها مالكة لامرها بما انها هيئة اقتصادية تتصرف في الشؤون التي وضعها العقلاء في الرتبة العلية لها فغصبها غصب للشركة لا للناس وتعويضها من جانب المال تكون الشركة ضامنة له ان كان بتعد وتفريط من جانب الشركة وان كان من الغير فهو ضامن للشركة وسيجيء فيه مفصلاً ضمن فروع كالآتي:ـ

الفرع الاول : مدراء الشركة كلهم امينين ولكن شرط الضمان يصح على ما تقدم في المضاربة حيث ان الامين يكون خروجه عن قاعدة اليد تخصصياً لا تخصيصاً فلا يضر عقد الشركة ولا يكون مخالفاً لمقتضاه كما هو الثابت في كتابنا المتقدم.

الفرع الثاني : في الشركات التي يتشكل ويكون مسماه بالشركة مع

....

المسؤولية المحدودة فان الشركة المسماة بالشركة ذات مسؤولية محدودة لا تكون الا شركه حقوقية ولذا لا يكون احد الشركاء اسمه مقيد في الشركة والا يخرج عن كونه بهذا النحو من الشركه ويدخل في الشركة التضامنية الذي يكون خارجاً عن ما نحن بصدده وانما تسمى بالشركة مع المسؤولية المحدودة .

الفرع الثالث : الشركة المحدودة لماكانت عبارة عن الشركة الحقيقية فيكون كل واحد من المساهمين في هذه الشركه يكون ذو اليد على ما كان لهم من العملات الصعبة وتكون اليد الموجودة لهم بنحو الحصص على الاموال الموجودة يوجب تملكهم لهذه الاموال فيمكن لهم البيع والشراء لهذه الاموال الموجودة في الشركه اختياراً وبهذا لا يكون محتاجاً الى اجازة باقي الشركاء الا ان يشترط في عقد الشركة ذلك واذا كان لهم اشتراط ذلك فلا بد وان تكون تصرفات الشركاء على النحو الذي اشترط فيه ذلك ويكون التخفف عن هذه الشروط مورد لجلب الخيانة على الشريك المتخلف كما هو ظاهر في كتاب المضاربة من دون ان تكون الشركة منفسخة وهكذا الامر على فعل شيء بين الشركاء في التخلف حيث ان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده فان المخالفة توجب الخيانة ويكون المتخلف ضامناً لاموال باقي الشركاء ولكن الشركة غير منفسخة بالنسبة اليه لان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده واما اذا كان الشريك ناهياً وخالف احد الشركاء في نهي الشريك فان الشريك شركته منفسخة وتكون التصرفات الموجودة بعد المخالفة كلها فضولية ويكون ضامناً للاصل والربح الموجود .

الفرع الرابع : الشركة المسماة بالشركة التضامنية هي ... شركة حقيقية يكون الشركاء لهم الايادي التامة على مال الشركاء وتكون لهم اليد على كل الاموال الموجودة ولهم التصرف في اموال الشركاء لانهم ذو يد على الكل وعلى هذا

. . . .

يكون كلهم ضامنين للطلبات التي تقوم الشركة بمصارفها وتستدين الشركة لاجل حوائجها وحينئذ لو استدانت الشركة بديون كان المشتركون مطالبين بالديون ولا يحتاج الى تعيين المدراء اذ كلهم مدراء وصرف توكيلهم لاحُد منهم للقيام باعمال الشركة لا يوجب سلب مسؤوليتهم العامة التي اسسوا الشركة بينهم ولكن الادارة حينئذٍ تكون اصالة عن نفسه ووكالة عن باقي الشركاء ويكون قائماً بالاعمال الذي تحتاجها ادارة الشركه والضمان لديون الشركة يكون الشركاء ضامنين للشركة على حد سواء ولا يكون المناط على الاءسهم في الشركة بل ضامن وان لم يكن له من الشركة الا القليل.

ولو مات احد الشركاء تكون الشركة باقية والورثة يقومون مقام مورثهم من انحلال الشركة بالنسبة اليه ولا يحتاج الى رضاية باقي الشركاء من جعل الوارث الجديد شريكاً من الشركاء تلقائياً ولا يحتاج الى اجازة باقي الشركاء على خلاف القانون المصوب في الشركات اذ ان الشركة لازمة على مبنى صاحب الجواهر والشركة على مبنى المشهور حقوقية يكون المتوفى ذو اليد على اموال الشركة وحينئذ بعد موته يكون الوارث قائماً مقام مورثه مثل اليد الموجودة لمورثه وحينئذ بصرف الموت جميع الورثة قائمين مقام مورثهم تلقائياً ولا يمكن ان يكون برضاية باقي الشركاء وحينئذ لا يحتاج الى اذن باقي الشركاء فيكون كون المورث موجوداً من دخاله على اذن باقي الشركاء.

الفرع الخامس: الشركات المختلطة غير السهامية وهي شركة وضعت للتجارة وهذه الشركة ضامنة لجميع الديون التي تحدث للشركة وكل الشركاء ضامنين لهذه الديون ولكن يمكن ان يعينوا احد منهم يقوم بدفع الديون ويمكن ان يجعلوا احد منهم للتجارة ويمكن ان يعينوا احد منهم لدفع العملات الصعبة

....

فتكون هذه الوكالات لرفع احتياجات الشركة ولكن الكل ضامنين للديون ولو لم يكن رأس مال الشركة وافياً لديون الشركه الا ان ذمهم مشغولة بذلك كما هو المقرر في الشركة المختلطة عند عدم وفاء الشركة واسهمهم غير كافية للطلبات الموجودة للشركة فتكون ذمة الشركاء مشغولة بذلك لان هذه الشركة شركة حقيقية .

الفرع السادس : الشركة النسبية شركة اسست للقيام باعمال التجارة وتكون شركة حقوقية والديون الواردة على الشركة يكون المؤدي هو الشركاء وهم المسيطرون على اعمال الشركة لكونهم حقوقيين ملتزمين بالشركة وعلى هذا فيجري على ما تقدم من الامور الجارية على الشركة الحقيقة عند انحلالها يكون المطلوب هو الشركة وعند انحلالها يكون المطلوب الاشخاص المساهمين في الشركة لان الايادي تكون مسؤولة عن الشركة دون الحقيقة الموجودة فكل من يشارك في هذه الشركة يكون مسؤولاً عن المطالبات الموجودة في هذه الشركة وان كان سهمه متأخر عن باقي الشركاء .

الفرع السابع : شركة التعاوني من التوليد الى المصرف«وهي شركة تتشكل بين ارباب الحرف والشركاء يشتغلون بالحرف الموجودة لديهم وبعد الانتاج يقومون ببيعه للشعب وهذه الشركة تتصور على وجوه كالآتي:-

الوجه الاول : ان يكون العامل لواحد أو لبعض الشركاء وينتجون السلع التي بنو على انتاجها ويدفعونها الى الشريك الآخر لبيعها وفي هذا المجال يكون الشريك الذي يتكفل ببيع البضاعة تكون أجره المثل لكونه شريكهم وينتفع من منافعهم .

الوجه الثاني : ان اهل الصناعات التي لهم الآلات التي ينتجون السلع بها

. . . .

والسلع التي يصنعونها بايديهم أو بايدي عمالهم في هذا المورد تكون شركة في الاعمال اذا قلنا ببطلانها ولكن الامر يكون كذلك لان الشركة متحققة بين السلع وهذه السلع تكون بيد العمال الذي عاملهم المالك أو كان شغل يد صاحب المصنع وتكون شركته مع الشركاء لا ان ما ابيعه انت شريك في ذلك بل كلٌّ يبيعُ مستقلاً ولكن الشركة انما تكون بالاتفاق بين الشركاء على ان يكون سعر السلع مورد توافق كل البائعين لهذه السلعة ولا يبيعونها باكثر من ذلك ولا يبيعونها باقل من ذلك حتى يتضرر البقية ويمكن ان يشترطوا ذلك في انتاجاتهم بحيث يكون المتخلف عن هذا القرار ضامناً للبقية ويمكن ذلك ولا يكون هذا الاشتراط خلاف مقتضي عقد الشركة حيث ان الشركاء يتوافقون بل يشترطون في ضمن الشركه ان مبيعهم على سعر يصرف لكل الشركاء أو يصرف لمن ينتج هذا النوع من السلع وتكون الشركة على هذا القرار أو بهذا يكون الشركاء في مقدار الربح الحاصل لهم وهذا نوع من الشركة التي يتوافقون فيها على هذا الاشتراط من دون ان يكون بينهم شركة في الاموال وعلى هذا فتكون شركة من ناحية الاشتراط من دون ان يكون بينهم تبادل الاموال أو السلع المنتجة أو الاموال الحاصلة بايديهم في اعمالهم.

واما اذا كانت الشركة التعاونية في التوليد والمصرف بمعنى ان يكون اصحاب الصنايع يتشاركون على ان ينتجوا البضائع ويؤدونه الى مورد خاص ويجعلون هذه السلع شركة مع بقية الشركاء ففي هذا المقام لما كان كل شخص مسلطاً على عمله لا تكون هذا الشركة صحيحة ، لان الاموال كلها مختصة الى من انتجه ويكون نتيجة هذه الشركة هو الشركة في الاعمال ، وقد ذكرنا وجه التصحيح في ذلك ولكن المشهور حكموا بالمصالحة في ذلك ، وقلنا ان عقد الشركة في نفسه يكون هبه معوضة في مثل هذه الشركة ولا يكون القائم بهذه الاعمال الا ان

. . . .

يكون باسم الشركة وانما هبة معوضة كما سبق التفصيل في ذلك .

فرع :

لا اشكال ان الشركة التي يكون رأي المشهور معاضد لها هي الشركة الحقوقية لا الحقيقية ويكون المتملك الهيئة الاجتماعية التي تكون مورد اعتناء العقلاء في اماناتهم وودايعهم فان الوديعة لما كانت استنابة في الحفظ فان الاستنابة في الحفظ لماكان المالك يريد حفظ متاعه عن التلف فان الوديعة لماكان امر يراد منه الحفظ فتارة يكون هذا العقد ولو كان امراً شخصياً ولكن هذا الامر الشخصي تارة يكون متعلقه ايضاً شخصاً خاصاً فذلك لا يمكن ان يكون الا بالقرينة الصارفة والاتيان بالقرينة الصارفة لا يخرجه عن كون المتعلق بالطبيعة التي لا يمكن ايقاعها بذلك وعليه فان الوديعة طبيعة والنسبة الحكمية طبيعة والاستيداع ايضاً طبيعة وعلى هذا فان الاستيداع في المصارف انما يكون المستودع بالفتح هو الهيئة الاجتماعية والمستودع بالكسر شخصاً الا ان استيداعه يكون للهيئة الاجتماعية وهذه الهيئة الاجتماعية انما تكون معتبرةً عند العقلاء لان العقلاء يعتبرون هذه الهيئة الاجتماعية وتوهم عدم اعتبار العقلاء الملكية للهيئة الاجتماعية احد الاغلاط التي ارتكبها المعاصرين اذ ليس حاله اعظم من الكلي الطبيعي الغير موجود بفرد منه في الخارج مثل باب الزكاة والاخماس بل والاوقاف العامة على الجهات الكلية التي لا وجود لها في الخارج حتى بناءً على القضايا الحقيقية وتوهم ارجاع جميع ذلك على ملك عامة الناس وهذا غلط واضح كما ذكرناه في هذا الكتاب في قضية تمليك الفقراء للاخماس والزكوات ولم يكن لها داعي بعد كون الملكية من الصفات الاعتبارية القائمة بالمجال الموجودة للهيئة أمر سلطنة التصرف فيها بالآخرة لذوي العقول ولو بلحاظ ولايته من قبلهم .

. . . .

نعم لو لم ينته أمر سلطنة التصرف الى مثل هذا الشخص الذي تكون الهيئة الاجماعية أي المودعين اصلاً لا اعتبار لملكيته من جهة ان الملكية المسلوبة عنها السلطنة من جميع جهاتها مما لا اعتبار له عند العقلاء بل ربما لا يتصور له ذمه لمثل هذه الهيئة فيقرضونه بل ويعمرون المساجد والطرق وتراهم يبنون الجسور والولايات من اموالهم من ديونهم ويعطون الارباح للاموال المأخوذة منهم المعلوم عدم جواز تصرفاتهم فيه مع ذلك اذا كانت تلك الارباح مأخوذة من جهة الربح على الدين المقروض منهم لان الربا من المحرمات الكبيرة ولا يكون المالك مدير البنك أو الاعضاء الذين استودعوا في البنك اذ لو كانت الهيئة الاجتماعية يستملكها احد هولاء الافراد لكان الامر كما ذكرنا في ان المالك هو الفرد المردد وبهذا لا يكون المالك لا الهيئة الاجتماعية الذي تكون للافراد الذي لا يكون في عالم التمليك الا الهيئة الاجتماعية من تشخص خاص حتى تترتب عليه تلك اللوازم الباطلة ولا ينافي ما ذكرناه في البنوك من كون الارباح التي تأخذها منهم المدير لادارة شؤون هذه الهيئة الاجتماعية باسم الارباح لا يكون من الربح للقرض لان القرض وان كان مأخوذاً من هذه الهيئة الاجتماعية والملكية لهذه الهيئة الاجتماعية لا يكون بلا مالك لما قلنا بان الملاك لها هو الاجتماع الذي قررت البنوك له اعضاء الا ان القرض من البنوك واعطاء الربح لقروضهم لا يكون من الربا في شيء لان الهيئة الاجتماعية وان كانت مالكة الا ان العملة الصعبة الموجودة في البنوك لا تكون المقرض متشخصاً وانما المتشخص البنك الذي يقرض الشخص والربح المأخوذ من المقرض انما يأخذه البنك وهذا الربح الذي تأخذه الهيئة يكون من اموالها التي ملكته ولربح الذي يأخذه البنك باعتبار القرض المؤدى للمقرض وفي هذا المقام هل يكون هذا ربحاً على القرض للهيئة الاجتماعية ومن

....

المعلوم ان المقترض يعطي القرض ، والمقرض بأخذ الربح وهذا المقداركافي في ان يكون القرض ربوياً ولكن الكلام ان الاموال الموجودة في البنوك يكون مرحلة انطباقه له الملاك ، والربح المأخوذ يكون في مرحلة الانطباق هو الملاك وكان البنك مالكاً له ولكن مرتبة ملكية البنك لا ينافي ملكية الملاك المستودعين في البنك لان استيداعهم في البنك أوجب ان يكون البنك مالكاً للعملات وفي هذا المقام يكون البنك مالكاً للربح المأخوذ من الدائن لنفسه والمال الذي يكون البنك معطياً للدائن انما يكون من اموال المستودعين فلا يكون الربح المأخوذ راجعاً الى المستودعين الذين اودعوا العملات الصعبة في البنك وانما يكون الربح للبنك اختصاصياً ولا تكون الاموال الموجودة في البنك من المستودعين مختلطةً مع الارباح حتى ولو كانت مختلطاً فان ملك البنك يختلط مع اموال المستودعين فيصبح البنك شريكاً مع المستودعين لانه ملكه وهكذا تكون الارباح التي ياخذها البنك من المدينين فان هذا ملكه ويكون تمليكه للمال أي الربح من اموال المستودعين وهم تكون ملكيتهم في الرتبة المتقدمة عن تصرفات البنك ولا يكون مال البنك حتى يكون الربح المأخوذ رباً عن الاقراض وانما يكون تصرفات البنك في مال غيره برخصة منه ووكالة عامة يقرض ويأخذ الربح من دون ان يكون المال الموجود الا ربحاً خالصاً للبنك أي الهيئة الاجتماعية ، وهذه الهيئة الاجتماعية بنفسها مالكة للاموال التي تحت يدها وانها مأذونه ان تتصرف في الاموال الموجودة تحت يدها بانواع التصرفات ويسترbح بالاقراض والربح من الاقراض ولكن هذا لا يدخل في من خرج من المال لانه تستملكه الهيئة الاجتماعية والمال الذي يكون المستودع مالكاً له هو المؤدي ، والرابح هو الهيئة الاجتماعية للبنك فالمقرض شخص والمربح شخص آخر وتكون الهيئة الاجتماعية واسطة في مقام

. . . .

الاقراض وانما ياخذ اجرته ويملكه والهيئة الاجتماعية للبنك انما تقرض من مال المستودع لا من مال نفسه ولا يكون من باب الربا في شيء ويكون البنك ذات اعتبار يوجب ان يكون مستودعاً للاموال ويعطي القرض للناس من اموال المستودعين ويأخذ الاجر لنفسه فلا القرض مشروط فيه الزيادة ولا يكون المعطى للمال عالماً بذلك ويكون اعطاء القرض للناس لحل امورهم امراً يرغب فيه الناس ويكون مشكور اليهم لقضاء حوائجهم من قبل البنوك وبهذا ايضاً نرى ملكية الدولة وتكون الدولة هي الهيئة الاجتماعية التي يكون اعضائها رئيس الجمهورية والوزراء ومجلس الشورى الاسلامية والقائد جميعهم حتى المستخدمين وتكون هذه هي الهيئة الاجتماعية وتوهم اعتبار الملكية للهيئة الاجتماعية كما قلنا غلط واضح فان الهيئة الاجتماعية لا تكون باعظم من الكلي الطبيعي الغير موجود بفرد منه كما مثلنا في قضيتين أو القضايا المذكورة وتوهم أرجاع جميع ذلك الى ملكية عامة الناس غلط وكونه مصرفاً ينافيه قوله (عليه السلام) للفقراء حق في اموال الاغنياء ، بعد كون الملكية امراً اعتبارياً ويكون من الصفات الاعتبارية القائمة بالمحال الموجودة للهيئة أمر السلطنة التصرف فيها بالآخرة لذوي العقول ولو بلحاظ ولايته من قبلهم وهكذا الامر في البنوك والشركات حيث ان الهيئة الاجتماعية تملك ولكن للمستودعين والعملاء والوكلاء لهم اختيار التصرف فيه بالآخرة لذوي العقول وبلحاظ ولايته من قبلهم نعم لو لم ينته امر سلطنة التصرفات الى مثل هذا الشخص لا اعتبار لملكيته من جهة ان الملكية المسلوبة عنها السلطنة من جميع جهاتها مما لا اعتبار له عند العقلاء بل ربما يتصور الذمة لهذه الهيئة الاجتماعية فيقرضونه له بل ويعمرون المساجد والرباطات كما ذكرنا في المصارف والشركات فانها كلها نحو واحد ويعمدون الجسور بالديون التي تعطيهم

. . . .

الدولة والشركات والبنوك وأعطائهم بازاء الدين ارباحاً لهم ويعطون للدولة مالياتهم المعلوم انه لو لم تكن هذه الهيئة الاجتماعية وادارتها للبلد ، لم يكن التصرف في ذلك جائز ومع هذا لا يكون لاحد التشكيك في جواز التصرفات المعهودة من السكنى في الخانات والعبور على الجسور حتى مع الشراء من اصحابها الخاصة المنتهي امرهم الى صغارهم وليس الا بالتصحيح بالنحو الذي ذكرناه ويكفي لاثبات الجهات المزبورة قيام السيرة المستمرة الى زمان المعصوم (صلوات الله عليهم اجمعين) على مثل هذه الجهات والتصرفات بلا ترتيب آثار الاملاك الشخصية على مثل هذه الامور النوعية ومن ذلك ظهر وجه جواز التصرف في الثمن المعطى للعمولة من قبل الدولة والقوى والجنود والقنوات الحافرين لها من مال الدولة وليس للناس الفحص بان المعطى بازاء هذه الديون من اين حصل للدولة اذ مجرد ذلك لا يضر بملكية المشتريات من الآلات بالذمة لانه يتصور لهم الذمم كالناس ومن هذه الجهة ايضاً نصحح كل املاك الدولة وكذلك الدولة وهذا لا يكون الا ان الدولة لها ملكية حقوقية لا حقيقية وكذلك البنوك وان كانت من قبل الدولة فان الهيئة الاجتماعية تملك ويكون النفع والوزر عليه ولا تكون الدولة الا مالكاً له لا بملكية شخصية بل يكون مالكاً لجميع ما في مملكته نوعياً كما انه مالك لدورنا ومتاعنا نوعياً وبهذا نصحح امر ضيافتهم للعلماء ولا بأس بأكل طعامهم مع الجزم بان المعاملة لهم معاملة الملاك .

وبالجملة نقول ان الميادين الذين تاسسها الحكومة والشركات التي تاسسها الدولة يجوز التصرف فيها باذن الدولة ولو منعت الدولة العبور منه يكون حراماً وغصباً الا بأذن الدولة الموجودة فعلاً في الجمهورية الاسلامية ومع تغيير الدولة القائمة بهذا الرئيس للجمهورية والاعضاء ينفسخ هذه الاذن وحيث تصل النوبة

. . . .

الى دولة آخرى لا بد وان يؤيد هذه التصرفات فلهم تخريب ما بناه أو لم يكن في ذلك نفعاً ويبنون شيئاً آخراً فيه نفع لهم بل لهم توسعه الميادين وتوسعة الطرق واصلاح ما بنوا اولاً وغير ذلك من التصرفات لعدم مجرد الاذن في الاحداث حقاً لصاحبه على البقاء أي الدولة الجديدة كما هو الشأن في كل مالك اذن لجاره بوضع عمارة على ملكه اذله الرجوع الا اذا كان على مصالحة أو شرطٌ في متن العقد مانعٌ عن سلطنته على منعه ومجرد كونه ضرراً على المالك لا يقتضي حقاً على ابقائه في ملكه على تعمير الغير الا انه باقدام نفسه بمصارفه الذي صرفه له الا ان يكون بنحو التغرير من قبل الغير فانه حينئذ يرجع الى من غره من جهة جهله بالحكم تقصيراً وقصوراً للاخبار المستفيضة المعمول بها لدي الاصحاب نعم مجرد ذلك والاقدام قصوراً أو تقصيراً لا يوجب رفع اليد عن الضرر الوارد اذ ان ذلك المقدار لا يخرج المورد عن الاقدام بما هو ضرر واقعاً وعلى فرض عدم صدق الاقدام عليه فلا أقل من المعارضة ونفي ضرره بضرر المالك في بقاء المأذون على ملكه وعلى فرض عدم الضرر وعدم صدقه الضرر عليه أيضاً يكفي فيه سلطنته على منعه على ماله الذي هو ارفاقي على المالك اذ حينئذ عموم نفي ضرر الغير مستتبع لخلاف المنه والارفاق في حق الغير وبهذه الملاحظة نلتزم بتقدم عموم السلطنة على نفي الضرر الجاري في حق الغير وان كان بمثل هذا العام حاكماً على بقية ادلة الاحكام كما لا يخفى وبهذه الملاحظة بعدم جريان نفي الضرر في مورد يكون نفيه حرجاً عليه أو العكس اذ في هذه المقامات وجميع هذه المقامات من باب قصور العموم عن الشمول بملاحظة ان ذلك يوجب خلاف الامتنان على الغير فربما ينتهي الامر الى تساقط العامين عن الاعتبار لا بمناط التعارض كي يحتاج الى المرجحات السندية وان كان جريانه في العامين من وجه اشكال آخر كيف وقد امكن دعوى

. . . .

اقتضاء الاطلاق المادة كون المقام مقام التزاحم ومن هنا ظهر انه معاملة التزاحم المستلزم للآخذ باقوى مقتضياً ومع التساوي يتخير بينهما بل العمدة في وجه التساقط ما ذكرنا كما لا يخفىٰ وعلى هذا فاملاك الدولة واملاك البنوك والشركات كلها نوعية وللهيئة المتشكلة من عدة اصحاب من دون ان يملكها احدهم شخصياً وانما تمتلكه الهيئة المتشكلة ويكون حقوقياً لا حقيقياً .

فالبنوك كلها حقوقية والشركاء عند انعقادها كلهم حقوقيين .

وملكية الدولة كلها حقوقية لا حقيقية .

فهذه الثلاثة كلها لها ذمم تمتلك ما يملكها ويمكن لها الاقراض والتملك من دون ان يكون لازماً ان يكون المالك بلا سلطنه وفي هذا المجال لا بد وان نقول بان المستودعين في البنوك انما يملكون الوجوه التي جعلوها استيداعاً سواء في البنوك الشخصية أو البنوك الحكومية أو المساهمين في الشركات ويكون مالكاً لهم ولكن للهيئة الاجتماعية ايضاً مالكين لهذه الاوجه الاستيداعية في التصرف العام والمأذون بأذن عام وتكون هذه الملكيتين في رتبتين لان المستودع انما يملك ما استودعه ويكون علة لاقامة البنك والهيئة الاجتماعية اي البنك ايضاً يملكه باعتبار التصرفات الخاصة التي يكون متصرفاً لها فالمستودع له اختيار التصرف في ان يهب أو يصرفه في شؤونه الشخصية متى ما اراد ذلك والبنك ما دام المال في حوزته يمكن له التصرف بالاقراض مثلاً ويستربح منه ويكون الربح عائداً اليه أو الى صاحب المال أو انه بصرف وجود المالية يصير له الاعتبار في بنوك العالم وكذا الشركات الموجودة فان هذه الشركات لها ذمم يعتبرون تلك الذمم مورد الاعتراف العرف فيقترضونه ويقترضون منه ، وللعرف لهم بهذه الشركه اعتبار لنفس هذه الهيئة الاجتماعية فيشترون منه ويدفعون اليه المال ويكون طرف

. . . .

المعاملة هم نفس الشركاء ، ولو كان صاحب الشركة صغيراً أو مجنوناً ولا يرَ العرف مورداً للاشكال على هذا البيع والشراء مع العلم بان فيه مجنون أو سفيه أو صغير فيعتبرون له الذمة تحرزا من الاستشكال ، وكذلك هذه الاموال لا تكون بلا سلطنة لان في الرتبة السابقة المساهمين في الشركة يكنون من ذوي العقول وهم المساهمين في تشكيل هذه الشركة سواءً حكومية كانت أو أهلية فالمساهمين تكون لهم السلطنة التامة على اموالهم وسهامهم ولكن هذه الاسهم تحت تصرفاتهم من الزيادة والنقصان والبيع والشراء ولكن هذه السلطنة لا تنافي سلطنة الشركة على استملاك الاسهم الموجودة في الشركه الذي يجعل له ذمة ويباع ويشترى من دون ان يكون له ربط باصحاب السهام بل المدراء لهم السيطرة التامة على الشركة من دون دخاله المساهمين في ذلك اصلاً بل مع جل المساهمين في ذلك الا في موارد نادرة يحتاج الى تجميع اصحاب السهام الذين يريدون التصرف في السلطنة المختصة بهم وعلى هذا تكون الشركات حقوقية لا حقيقية .

واما سلطنة الدولة على أموالها وحكومتها فقد عرفت بما لا مزيد عليه ان الدولة أي الهيئة الاجتماعية مالكة من دون اشكال .

اذا تبين ما ذكرنا فان الفروع المترتبة عليه نتعرض لها جميعاً .

فرع :

اذا تشكلت شركة للعمل وللربح الحاصل من اعمالها وتضررت الشركة فان الضرر الوارد على الشركة تارة يكون بذهاب كل رأس المال وتارة يكون بذهاب بعض رأس المال وعلى جميع التقادير يكون الكل الذي ذكرناه في السابق يكون المغصوب منه البنك أو الشركة أو الدولة وفي كل واحد يكون الضامن ضامناً لهؤلاء ويكون مسؤولاً عنهم ومن الواضح فان البنك وان كانت الاموال الموجودة

....

فيه كلها استيداعيةً وهذه الاموال الاستيداعية وان لم يكن البنك مالكاً لها الا ان التي تكون استيداعيةً عندها هي الهيئة الاجتماعية وتكون هي المسؤولة عن حفظها وادخارها وتكون هذه الهيئة الاعتبارية مأذونة للتصرف فيها بالاذن العام فيمكن له الاتجار به وحصول النفع منه للبنك ويكون مالكاً للمنافع الحاصلة من هذا المال بالأذن العام الذي صدر من المستودع وفي هذا المجال لو اقرض البنك قرضاً ربوياً فان اشتراط الربح في الاقراض الذي تملكه البنك والهيئة الاقتصادية داخلاً في القرض الربوي واطلاقات كل قرض جر نفعاً يكون شاملاً له أو ان المقرض هو صاحب المال الذي استودع المال والربح هو للبنك ولا يكون داخلاً في القرض الربوي فان المقام لا بد وان نقول ان القرض وحقيقته الذي يقتضيه التحقيق تعلق الانشاء به بامر خارج عن عقده ناشىء من قبله بشرائطه تأثيره ومرجعه الى التمليك على وجه الضمان تمليك المال بخصوصياته العينية مع القاء ماليته في العهدة المتحققة في ضمن المثلي في المثلي والقيمي في القيمي وذلك على المشهور من ارجاع الضمان كليه الى التعهد بالقيمي والمثلي والافبناء على الالتزام يكون ضمان الايادي والاتلافات عبارة عن عهدة نفس العين فيمكن تصويره في المقام ايضاً باعتبار طرف من عهدة القرض قبال طرف وجوده الحقيقي المملوك فيه خارجاً نظير اعتباره في الاعيان التالفة بلا مضادة أيضاً في اعتبار ملكيته شخصين في زمان واحد من جهة اختلاف الطرفين وربما يثمر ذلك في استحقاق مطالبة المقرض لنفس العين ووجوب ردها على المقرض ولو قلنا بلزوم عقد القرض وان ذلك لا يلازم جواز عقده وربما تظهر الثمرة فيه ايضاً في نماءات العين ومنافعها المتجددة في صورة تخلفه عن اداء العين عند مطالبته فانه على فرض الجواز وكشف المطالبة عن الفسخ كان النماء ملكه بخلاف تصويرنا

. . . .

على تصويرنا ويؤيد ذلك مصير جملة من الاعاظم القائلين بلزوم العقد بان للمقترض سلطنة على رد العين على المقرض حتى في القيميات وان استشكل عليه صاحب الجواهر ولكن اشكاله في غير محله لو كان النظر في التضمين في عقده منصرفاً الى ما هو المتعارف من مقتضى اليد والاتلاف بل مقتضى استصحاب سلطنته بقاء سلطنته استصحاباً وليس للمقرض حق في مطالبة العين وذلك بناء على وحدة الموضوع وعدم تغايره باختلاف الطرفين بالحقيقة والاعتبار والا فمقتضى الاستصحاب عدم مطالبة العين كما ان الاصل ايضاً عدم سلطنة المقترض على ردها على القيمي بل لا بد حينئذ من التراضي ايفاء ما في العهده في القيميات ومع التشاح ينتهي الامر الى المصالحة بينهما لولا السلطنة على مطالبة العين من المقرض ومن هنا ظهر الحال في صورة الالزام يكون ما في عهدة المقرض المثل أو القيمة وتردد الامر بينهما اذ حينئذ لا اصل في البين يقتضي سلطنة احدهما على كل واحد منهما من البدلين رداً ام مطالبة كي يكون من آثاره الشرعية وجوب قبول غيره فلا بد وان ينتهي الامر الى مورد التشاح الى المصالحة القهرية لولا العمومات الشرعية كما هو الشأن في كلية المقامات نعم في رد القيمة مع اختلافها حين الرد أو الضمان يرجع الامر الى الزامه بالاكثر وعلى أي حال لا وجه للمصير في خصوص المقام الى الالتزام بتضمين القيميات بمثلها الا بدعوى انصراف نظر المتعاقدين اليه كصوره التصريح باشتراطه في متن العقد وذلك ايضاً على فرض كون ضمان المثل بالمثلي والقيمة بالقيمي من لوازم اطلاق عقده لا انه مأخوذ من حاق التمضين عرفاً والا فيشكل الاشتراط المزبور على مبنى دون مبنى بل وانصراف الاطلاق ايضاً في بعض الموارد نعم لو شك في ذلك كان مقتضى الاصل صحة الاشتراك لعموم المؤمنون عند شروطهم بعد الشك في

. . . .

كونه منافياً لمقتضى العقد لكون المخصص لبياً بل ولو كان لفظياً امكن التشبث في اثباته ايضاً باصالة عدم اتصافه بالمنافات كما ذكرناه في كتاب المضاربة كما مال اليه الشيخ الاعظم (قده) من التمسك باصاله عدم المنافات كما هو الشأن في الشك بكونه مخالفاً للسنة والكتاب .

ومن هنا ظهر ان وجه صحة اشتراط اداء القيمة بالمثل ايضاً في متن العقد ما لم يستلزم جر نفع سيأتي وجهه وعلى أي حال لامجال للالتزام بكون باب القرض باب المعاوضة كي يكون من افراد البيع لها احكامها المخصوصة كما يظهر من جعل المحقق باب القرض من مقاصده في باب البيع قبل الخاتمة وحينئذ فلا وجه لاجراء احكامه عليه حتى مانعيه غرره وعليه ففي اشتراط كون العين المقروضة واجدةً للصفات السلمية كي يرتفع بها الغرر في غاية المنع كمنع خيار المجلس والحيوان فيه لعموم دليل الصحة واللزوم بعد عدم عموم مانعية مطلق الغرر ، فحينئذ يجوز قرض الذهب والفضة وزناً بل وبلا وزن غايته يختبران بعد العقد مقدمة لتعيين عوضه وقت ادائه بل لهما عدمه ايضاً غاية الامر يتصالحان مما تراضياً عليه أو يؤخذ العوض بعنوان الوفاء عما في الذمة زاد أو نقص بعد عدم الاضرار بزيادته وقت الوفاء ما لم يشترط في متن العقد كما سنشير اليه ومن هنا نقول بصيرورة الزائد ما دام وفائدة الذمة واعتبار التساوي في المالية أول الكلام كما لا يعتبر في الخصوصيات العينية جزماً ، وحينئذ فلا يحتاج الى جعل ما زاد تحت عقده آخر من هبة كي ينتج جواز رده مما زاد منه ولا أقل من الشك فيه خصوصاً في الصورة المتعارفة التي لا يكون المقصود منها المودى الا الوفاء لما في ذمته بلا قصد آخر الا مع استحالة تمشي قصد الوفاء بالنسبة الى الزائد فلا بد وان يكون المقصود منه فيه مجرد التمليك للتمليك المجاني فيقصد الهبة قهراً ،

. . . .

ولكن عمدة الكلام في استحالة ذلك وعليه فكان استصحاب اللزوم لها مجال وكيف كان ولقد اجاد صاحب الجواهر حيث منع اشتراط رفع الغرر بمثل هذه الاوصاف من جهة اطلاق الادلة وجملة من الفتوى فحينئذٍ لا بأس بقرض اللئالي والخبز بل في اخبارها نفي البأس بان يأخذ كبيراً ويعطي صغيراً وان يأخذ صغيراً ويعطي كبيراً الظاهر في اعطائه بعنوان الوفاء بلا توزين مع كونه من الموزونات نوعاً بل ربما يؤيد ذلك ما قلنا بان اعطاء الزائد ليس الا بعنوان الوفاء الموجب لقطع سلطنته عن الرجوع كما هو الظاهر وتوهم البعض بعدم جواز قرض اللئالي لعدم كونها تحت ضبط ولو بالاوصاف السلمية ولا الخبر ايضاً منظور فيه بل في اللئالي اجتهاد في قبال النص وهو من الخرافات ثم ان لازم ذلك كون حقيقة التمليك على وجه الضمان اعمال قواعد الضمان على اطلاقه عند عدم الاطلاق كون المضمون عنه مثلياً في المثلي وقيمياً في القيميات وذلك على المشهور في ضمان الايادي اللامانية والاتلافات واضح .

واما لو بنينا على ظهور عموم على اليد في ضمان الايادي على عهدة نفس العين وان اداء المثل أو القيمة من جهة ملاحظة الاقرب الى العين فالاقرب وان اعطاء القيمة وسلطنة الضامن على القيميات على ذلك انما هو لمحض الارفاق عليه فلا يكون له بأس في المقام ونفس العين بان يكون اللازم ارجاع نفس العين في القرض مثلاً وعند عدم التمكن يكون المرجوع هو المثل في المثليات والقيمة في القيميات أرفاقاً على الضامن عند التعذر في العين واسترداده .

ثم ان ميزان تمييز المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة فقد عرفت الميزان فيها سابقاً في المضاربة وانما هي بنظر العرف ، والا فما ذكرناه في السابق من ميزانيتها فمنقوض طرداً أو عكساً نعم اسدها كون المدار على اتحادهما بحسب

....

الخصوصيات النوعية وغالب الخصوصيات الشخصية الموجبة للرغبة اليها مع كثرة امثالها عادة فحينئذ فربما لا يختص بالمصنوع من الايادي وغيرها بل ربما تتفق القيمة في الثانية بل وربما يلتزم هذا الميزان مع ما قيل بكون قيمته كسوره كسر قيمة اصله بحسب النسبة المتساوية لكن بشرط حفظ عنوان الطبيعة على الكسور من دون اعتبار صدقه على جميع المراتب كي ينتقض بالسكين وغيره مما يصنع بالآلات التي يوجب مماثلة نوع منها على وجه لا يمتاز واحد منها عن واحد نعم مع اعتباره فتخرج هذه المصنوعات عن المثلية وينحصر ذلك بامثال الشعير والحنطة لو لم نقل فيها ايضاً بانتهاء النوبة فيها ايضاً الى عدم صدق الحنطة بصيرورتها دقيقاً فبطل اعتبار الشرط حينئذ الجزم بخلافه لمثلية هذه الامور جزماً، وعليه فيلحق بها ما ذكرنا من المصنوعات وفي هذا المقام لا بد من البيان الاول في اشتراطه الزيادة من المقرض للمقترض الثاني اشتراط التأجيل للمقترض على المقرض.

اما الاول: انه لا اشكال في ان عقد القرض لا بد وان يكون عارياً عن شرط الزيادة عن المأخوذ قرضاً زيادة عن العين المقروضة في عهدة المقترض للنصوص والاجماعات الواردة في اشتراط الزيادة لكون الزيادة المانعة زيادة عينية فلا يشمل الزيادة الحكمية أو مطلق ما يجر نفعاً مالياً كان أو مطلقاً والكلام يمكن ان يصار الى الثالث أي مطلقاً يكون مانعاً عن انعقاد العقد في القرض لعموم كل ما جر نفعاً فهو رباً منصرفاً الى الثالث مؤيداً بما في رواية محمد ابن قيس المشتملة على نفي الشرط الشامل للجودة والردائه بقرينة ذيله فيتعدى منه الى كل زيادة حكمية وفي انصراف الاطلاقات الى جر النفع بحسب المالية وجه فلا يشمل شرطاً يقتضي نفعاً عرضياً أو حفظ دم أو اطمئنان خاطر كما تقدم القول به فيما تقدم بناء

. . . .

على كونه نفعاً وحينئذ فلا يشمل صورة اشتراط الرهن لاطمئنان خاطر ولا شرط بيعه بيمينه بمناسبة عرضي أو نفسي لا مالي نعم اشترط بيعه محتاجاً فيدخل في الاطلاق جزماً ، وقد تقدم منا انه لو لم نعمل بهذا العموم ولو بتوهم ضعف سنده وكذا الاخبار الخاصة اشكل فيها التعدي الى الاذن المستفاد منه خصوص الزيادة العينية والحكمية الداخلية لا مثل هذه الزيادة الناشئة من عقد خارجي كما هو واضح نعم لو لم يشترط في متن عقده اصلاً زيادة ولكن المقترض بطيب خاطره يعطي زيادة عينية أو حكمية فلا بأس به نصاً وفتوى ، وفي جملة من الاخبار من النصوص لا بأس به ما لم يشترط بمثل هذا يجمع ما دل على فساد الذي القرض يجر نفعاً وما دل على ان خير القرض ما جر النفع بحمل الاول على صورة الاشتراط والثانية على عدمه كما ان اطلاق اخبار القرض الجواز والاخبار منزلة به ومنصرفة الى صورة عدم الاشتراط في متن العقد باداء الكثير بدل الصغير وحينئذ ففيها شهادة على الجواز بلا شرط بل الظاهر من هذه الاخبار كون الاعطاء بعنوان الوفاء للزيادة لا بعنوان الهبة مستقلة فلا وجه لسلطنته بعد القبض على رجوع المقترض الى الزيادة ولا أقل من الشك فيستصحب كما اسلفنا وبعد حفظ هذه الخصوصيات في عقد القرض بضميمة سائر لشرائط في كلية المعاملات الثابتة بالاجماع واعتبار العقلاء والنصوص التي تكون باصالة في المورد بل الجامع هو ان يكون سلطاناً على العقد والتصرف الشامل للمالك أو وكيله ايضاً بل ووليه ، فماله الولاية لقرابته أو لسيادته أو لامامته بل نيابته الامامة حتى في هذه الجهة كان العقد صحيحاً لازماً مع عدم المنافاة لجواز مطالبة العين من المالك بملاحظة ما ذكرنا في معنى الضمان فضلاً عن القول بعدم جواز مطالبة العين من المالك كما نسب الى المشهور المتأخرين من دون أحتياج ذلك الى تصرف ولو بلحاظ كشفه كحصول

. . . .

الملكية آنا ما قبل ذلك كي لا يرد بمثل هذه التصرفات المنوطة بالملكية التي هي من نتائج صحة الشرط ويستحيل ان يكون من اسبابه وعمدة الوجه عموم وجوب الوفاء بالعقود مؤيداً بالاطلاقات الواردة على كون زكاة المقرض على المقترض الشامل لقبل تصرفه وان يشكل فيه منع سوق اطلاقها لبيان هـذه الجـهة مـع ان اقتضاء حصول الملكية انما هو بتوسيط كبرى آخرى من اطلاق عـدم الوجـوب الاعلى المالك ومن المعلوم ان التمسك بمثل هذا الاطلاق في مثل هذا المقام انما يصح على فرض حجية اصاله العموم والاطلاق لاخـراج مشكـوك الفـردية والا فيشكل اثبات المدعي من مثل هذين الاطلاقين.

واما الجهة الثانية: ان المقترض لو شرط التأجيل في عقد القرض فانه لا يجب على المستدين الوفاء به ذكره في الشرائع مستنداً الى المشهور نعم لو شرط في عقد لازم آخر شرط التأجيل في عقد القرض يجب الوفاء به وهذا المعنى من المشهور مقصودهم على ذلك في العقود الجائزة ولكن في عقد القرض حيث انهم يرون جوازه يكونون قائلين بذلك فاذا كان الامر على ما اراده المشهور فلا بد وان يكون شرط التأجيل غير مضر بمقتضى العقد واذا لم يكن مضراً بمقتضى العقد فالشروط التي لا تكون مضرةً بالعقد لا بد وان يكون المشهور مجوزين له كما في المقام فاذا أقرض وشرط المقترض التأجيل في الاداء لم يكن ذلك مضراً بالعقد وكلام المشهور يكون سائر على مبناهم القائلين بانقلاب النسبة وحيث ان انقلاب النسبة مردد على مبنانا نتيجته ان يكون شرطاً لتأجيل يكون على طبق القـاعدة حتى في شرط التأجيل في نفس عقد القرض وعلى هذا فان عقد القرض اذا شرط التأجيل فيه بالمعنى الذي ستحققه يكون للمقترض ان يعوض المقرض لتأجيله من دون اشكال وقال صاحب الجواهر ان شهرة الاصحاب على اللزوم اذا شرط

. . . .

التأجيل في عقد القرض بل في بعض الكلمات المصير الى اللزوم حتى في عقد القرض الذي يشترط في نفس عقد القرض ولو كان شرط التأجيل في عقد القرض لتأجيل عقد قرض آخر ولعل عمدة الوجه فيه اطلاقات ما دل على استحباب تأخير المطالبة بضميمة اشتمال غالب القروض على شرطاً لتأجيل والتأخير في كل عقد قرض ضمنا فان مثل هذه الغلبة توجب اطلاق استحباب التأخير حتى بالنسبه الى هذا العنوان الثانوي الطارءى عليه من قبل شرطه ضمناً فيتعدى الى صوره التصريح به بذلك ايضاً .

نعم لا يكاد يتعدى من هذا العنوان الى عنوان آخر ناشىء عن اشتراطه في ضمن عقد آخرى ولو قرضا لعدم تنقيح المناط بين العنوانين و يحفظ الاطلاق في التنزيل عن مورد الندرة وبهذه النكتة ظهر وجه الفرق بين ادلة المستحبات الحاكمة في المقام على ادلة الشروط وبين المستحبات في مقام أخر الحاكمة فيها أدلة الشروط من جهة عدم وجود اطلاق فيها يشمل العنوان الثانوي .

ثم ان شرط التأجيل في متن العقد راجع الى شرط ايجاد الداعي على عدم المطالبة قبل الاجل كي يكون شرط فعل اذا اريد تصحيحه .

ثم ان شرط التأجيل في متن غير عقد القرض راجع الى شرط النتيجه وعدم المطالبة كي يكون شرط فعل أو شرط عدم استحقاق المطالبه أو استحقاق التأخير للمقترض المانع لسلطنة المقرض على المطالبة كي يكون شرط الفعل ولا بأس بمثلها بناء على عدم الاطلاق في عموم السلطنة على وجه يشمل حال الشرط ، كما تقدم ذلك مفصلاً في كتاب المضاربة .

نعم لو شرط عدم سلطنة المقرض على المطالبة كان شرطاً منافياً لمقتضى العقد وقد تقدم منافي ذلك المورد ايضاً فلا مجالاً لتصحيحه فراجع ، ولقد بينا فى

. . . .

ذلك المورد استحالة ان يكون شرط نفي السلطنة على المالك ان يكون خلاف مقتضى العقد وفي كل الشروط الواقعة لا يمكن ان يكون خلاف مقتضى العقد كما بيناه مفصلاً.

وعلى هذا فلو شرط قبول التأجيل بزيادة عينية ولو حكمية فان كان شرط التأجيل في عقد القرض نفسه أي كان في نفس عقد القرض كان شرط التأجيل واقعاً لم يؤثر شيئاً في الوفاء بالشرط الا اذا كان الشرط عبارة عن عدم المطالبة اذ عقد القرض لا يكون جائزاً على حد الجواز في باقي العقود ولا يكون لازماً على حد اللزوم ، فان عقد القرض كما ذكرنا انما هو تمليك على وجه الضمان ومن الواضح ان التمليك متحقق ، ولكن هذا التمليك لا يكون بلا عوض بل يكون المقترض انما اقترض على ان يدفع اليه عوضه فيمكن له التصرف من دون ان يكون اللزوم بحيث بعد العقد لا يعرف المقرض ولا يعرفه المقترض كالبيع والهبة والتمليك المجاني وغير ذلك فلا يكون لزوماً بهذا المعنى ، وكذلك لا يكون جائزاً بمعنى ان يكون المقرض له الرجوع على المقترض في أي وقت اراد الرجوع فيه على ماله ولكن ليس له هناك المدة ، وكذلك للمقترض التعجيل بالاداء ويكون المقرض والمقترض كلاهما امينين في هذا العقد وفي هذا المقام اذ تبين مصير عقد القرض تعرف ان المشهور (رضوان الله تعالى) عليهم حكموا بان عقد القرض اذا كانت نتيجته ان يكون عبارة عن التمليك على وجه الضمان لا يكاد يكون اشتراط التأجيل فيه في عقد القرض معتبراً وذلك لان عقد القرض لو كان مقتضاه انه ان الضمان مسيطر على هذا العقد ولا بد وان يكون الدفع الى المقترض يكون شرطاً لاءجلٍ في عقد القرض وهذا خلاف مقتضى العقد وكل شرط كان خلاف مقتضى العقد لا يلزم ، لان الضمان يوجب ان يكون الضامن ضامناً لمقتضى العقد

. . . .

الموجود فشرط تأجيله يكون خلاف مقتضى العقد ولا يلزم هذا الشرط ، ولكن اذا كان ايقاع القرض باعتبار ان لا يكون معجلاً وكان ايقاع العقد بهذا الداعي من دون اشتراط واوقع العقد بهذا الداعي كان العقد صحيحاً ، ولم تكن الاجل لازماً ولم يكن هناك شرط يقتضي بطلانه ولا يكون هناك شرط في التأجيل ، ولكن المقترض لو علم بان المقرض يتعجل بالمال لما اقرض منه وعلى هذا يكون العقد قاصراً عن اللزوم في صورة التعجيل ويكون العقد باطلاً ، ويكون صحيحاً اذا لم يعجل في المورد المقرر وعلى هذا يكون عقد القرض مؤجلاً من دون ان يكون هناك اشتراط على التأجيل وقبل العقد يبنون على التأجيل بمدة معينه ويوقعون العقد على مورد تفاوقهم فالعقد قاصر عن الشمون لمورد الغير متسالم عليها بينهم وهذا لا يكون مورداً على ايجاد الداعي للمقترض على التأخير ويمكن ان يكون الربح المعطى للمقترض لاءيجاد الداعي الاستمراري على هذا التأخير ولا يكون راجعاً الى الربا اصلاً ، فالمال المعطى الى المقترض لا يجاد الداعي له حق في تأخير المطالبة ، وان كان التمليك بالضمان كان مقتضياً للرجوع في أي وقت شاء ، وكان شرط التأجيل غير لازم المراعاة ولكن اعطاء الربح له لا يجاد الداعي على التأخير في المطالبة ولا اشكال في ذلك واعطاء الربح لايجاد الداعي على التمليك له بالضمان فلو لم يكن الربح لم يكن له الداعي على التمليك بالضمان ، وكذلك البنوك التي يجعلون الربح فها لمن أودع العملات الصعبة عندهم لا يكون ذلك من الربا ، بل يكون بهذا الاستيداع بربح من المال كاعطاء الجوائز لمن كان استيداعه اكثر أو ان البقاء للعملات الصعبه اكثر ولا تكون هذه الاقوال للداعي على الاستيداع اكثر لاجل التلاعب بالاموال المستودعة .

واما القرض من البنوك فقد عرفت ان البنك انما يملك اموال الفايض الذي

....

يقرضه للناس لان البنك هذه الهيئة يمكن له الاستملاك فهي ماله وهو الذي يستودع عنده الاموال الطائلة والمستودعين انما يأذنوا له التصرف في هذه الاموال بشتى انحاء التصرفات لان هذه الهيئة الاجتماعية للبنوك تملك ويمكن لها الاذن في التصرف فالاموال المودعة عنده او وديعه عنده ومأذون بأذن عام في التصرف في هذه الاموال فيمكن ان يقرض الناس والداعي على هذا الاقراض وجود الارباح لهذه البنوك فالمستربح هو الهيئة الاجتماعية والدافع للمال المقرض هو صاحب الوديعة وصاحب الوديعة لا يعلم ان البنك قد اقرض المال بربح فالمقرض شخص والمربح شخص آخر لا يكون ربحه داخلاً في كيس صاحب المال وللبنوك احداث الداعي للناس باعطائهم القرض ويدفعون اليه الربح لقضاء حوائجهم والملكية الموجودة للهيئة الاجتماعية تباين الملكية التي تكون مباينةً للملكية التي تكون للمساهمين بالبنك وكل له آثاره الخاصة به مترتبة عليه وتكون هذه الآثار غير مترتبة على الهيئة الاجتماعية والآثار التي تترتب على الهيئة الاجتماعية لا تكون مترتبه على المساهمين ويكون المساهمين ملكيتهم في الرتبة المتقدمة عن تشكيل البنوك ورتبة الهيئة الاجتماعية انما تكون متأخرة عن البنك والمساهمين في البنوك بعد اختلاف الرتبة لا يمكن لكل واحد منهم التصرف دون علم الآخر اذا عرفت ما ذكرنا فلنشرع بشرح كلام الماتن وبهذا أنهينا امور لابد من الاشارة اليها .

الاول : ان الشركة الواقعية الذي يكون عقد الشركة مضموناً لها هي الشركة في الاملاك والسلطنة لا الملكية .

الثاني : ان الشركاء كل واحد منهم ذا يد على مال الشركة ويكون النزاع بينهم نزاع بين الداعي ومنكر ولا يكون بينهما تداعياً ومتداعيين .

. . . .

الثالث : ان الشركات كلها تكون الهيئة الاجتماعية مالكه للاموال ولا يكون للشركاء التصرف في اموال الشركة .

الرابع : انه لو تلفت اموال الشركة بدون تعدي وتفريط لا تنحل الشركة بنفسها ولا بد وان يكون انحلالها بالانضاض والقسمة ثم الفسخ من ناحية الشركاء .

الخامس : ان الشركة اذا تلفت اموال الناس المتعاملين يكون قرار الضمان على الهيئة التي تكون الشركة صادقة عليها من دون ان يكون الشركاء ضامنين له ويكون الرجوع على الشركة لا الشركاء ويكون قرار الضمان عليه والتفليس .

السادس : ما صار اليه صاحب الجواهر يكون خارجاً عن الشركة الحقيقية ويكون من قبيل الصلح القهري .

السابع : ما صار اليه صاحب الجواهر لا يجوز تصرف كل واحد من الشركاء الا بأذن الآخر وهذا بخلاف ما قلنا في الشركة الحقيقية فالشركاء مأذونين في التصرف في اموال الشركة قبل الهيئة الاجتماعية وبعد تشكيل الهيئة يكون لكل واحد من الشركاء التصرفات المختصة به وبعد تخصيص التصرف فكل واحد من الشركاء له التصرف اللائق بحاله من ايعاز الشركاء الآخرين لانه لكل واحد له هذا التصرف .

الثامن : ان الشركة الواقعية الموجودة في عقد الشركة هي الشركة في الملكية لا الشركة في الاملاك وعلى هذا فان البنك الذي يكون المال الذي مودع عنده ولما كان المستودعين يأذنون له في التصرف في الاموال الموجودة لديه وعلى هذا فيمكن له التصرف بهذا المال المستودع عنده وعلى هذا فلو اقرض المال باداء الربح الذي يأخذه من المقترض لنفسه لا يكون هذا الفائض المأخوذ من المقرض راجعاً الى صاحب المال المقترض وانما يكون هذا الربح راجعاً الى

....

الهيئة الاجتماعية اعني البنك فمن قرض لا يأخذ الربح راجعاً اليه وانما هو المقرض والربح الذي يرجع من هذه الاقراض يعود للهيئة الاجتماعية وبهذا انتهت كل الشاكل الموجودة للبنك.

التاسع: القرض وان كان لا يجوز فيه شرط الزيادة وان كانت حكمية لا يجوز ان يكون حقيقياً الا ان شرط التأجيل لا يلزم الا ان شرط جلب الداعي على عدم المطالبة يجوز ذلك، وان شرط عدم السلطنة على المطالبة لا يجوز ذلك، اما احداث الداعي على عدم المطالبة في المقرض فلا يضر بالعقد ويكون هذا لمزية يمكن اجرائه في عقد لقرض وبهذا يكون اعطاء المال للمقرض كأحداث الداعي على عدم المطالبة.

العاشر: ان شرط الضمان وان كان خلاف مقتضى العقد وان قلنا بجوازه في المضاربة الا ان يكون اجراء العقد على الملازم بمعنى ان المتعاقدين قبل العقد يكون الداعي على اجراء العقد هو القرض بازاء الربح المأخوذ من المقرض العائد على المقترض ويكون العقد مبنياً على ذلك من دون ان يكون شرطاً لفظياً في البين ولو كان العقد على حصة الملازم للعقد الذي وجد على هذا المنوال كان العقد ضيقاً لا يشمل لما لو كان الربح غير واجد للمقرض ولا يعود له واذا أوجد العقد على هذا المنوال يصح العقد واذا لم يوجد على هذا المنوال كان العقد باطلاً، حيث ان العقد يكون ضيقاً لا يشمل لما لا يكون المقرض غير واجد لهذا المال من المقرض.

الحادي عشر: ان على مبنى صاحب الجواهر الحاكم بالشركة الحقيقية لا الشركة الحقوقية لا يمكن ان تكون شركة حتى على خلط المالين اذ ان خلط المالين يوجب ان يكون مصيره قاعدة العدل والانصاف ويكون من باب اشتباه

. . . .

الاموال ولا يمكن ان تكون شركة ، اذ ان الاموال غير معلومة واختلاطها ايضاً لا يوجب ان يكون المشاركين لهم هذه الاموال المجتمعة ولا يمكن ان تكون شركة وتكون هذه وان كانت هذه الودائع غير اختيارية فان غير اختيارية هذا الاختلاط لا تخرج هذه الودائع عن كونها وديعة ومن المعلوم التصرف في هذه الودائع لا يمكن ان يكون الا بأذن صاحب الوديعة ويكون المودع غير ضامن لو كان التصرف بغير تعدي وتفريط اذ الوديعة عبارة عن استنابه في الحفظ على وجه يكون هو المقصود بالذات وبه يمتاز في عقده سائر العقود ولذلك يمتاز عن سائر المعاملات الحاصلة في سائر العقود والمعاملات كعقد الوكالة والعارية والاجارة وامثالها وهذه عقد جارٍ من الطرفين لا من نفسه بمعنى ان كل واحد من ايجابه لا نفس الايجاب كما هو الشأن في عامة العناوين الحاصلة من العقود والايقاعات كالبيع والاجارة والصلح وامثالها وعلى أي حال يحتاج في حصولها الى الايجاب والقبول وبذلك يظهر انه لا تحصل الاستنابة المزبورة بمجرد اذن المالك كيف ولازمه كون بقائها تابع بقاء اذن المالك سواء فسخ المستودع ام لا مع ان بنائهم اي الاصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) على ان له الفسخ المستلزم لا نعدام الاستنابة بفسخ المستودع فيكشف عن ان مجرد الاذن من المالك غير كافي في حصول الاستيداع نعم في حصول القبول القولي حتى مع فرض ايجابه قولاً نظير لامكان دعوى السيرة في العقود الجائزة بالاحتياج الى تحقق التراضي من الطرفين بابراز فعلي قولي أو مختلفين نعم مع الشك فيه لا بد من الاقتصار على المتيقن وعلى أي حال لا اشكال في جريان المعاطات في المقام ايضاً للسيرة الحاصلة في سائر المعاملات وان لم تترتب ثمرة عملية للسيرة الحاصلة وان لم تترتب عليه ثمرة عملية للجزم بان العقد اللفظي ايضاً جاري أن لم يترتب بما يكون في العقد من

. . . .

الصراحة وامثاله التي تكون في صورة اللفظ محتاجاً الى هذه الجهات وان كان في الترتيب في الايجاب والقبول يكون شرطاً حتى في المعاطات كسائر العقود اذبها قوام العقدية وحينئذ فلو طرح العين بعنوان الوديعة لم يجب حفظها اذا لم يقبلها فعلاً أو قولاً وتوهم الوجوب مع ذهاب المالك بعنوان المعاونة على البر منظور فيه كما ان في صيرورته تحت استيلائه بمجرد الطرح المزبور بلا قبول نظر وحينئذ لاوجه لضمانه لانه ربما يحتاج الى الاستيلاء على الشيء عن قصد استيلائه وحينئذ فمع قصد العنوان ربما يكفي هذا المقدار من القصد الضمني لاستيلائه في صدقه بخلاف ما لم يقبل فلا وجه لضمانه عند تقصيره في حفظه نعم لا شبهة ولا خلاف في انه يجب حفظها بمجرى العادة عند تحقق الوديعة بقبوله وقبضه ولو جعل المال تحت استيلائه بناء على شرطية القبض في ترتب هذا الحكم في وجوب القبض لو لا فسخ الوديعة وعدمه وجهان فان اليد الاماني لا تتحقق الا بكون المال تحت اليد ومن الواضح ان صيرورة الاستيداع لا يمكن ان يكون تحت الاستيلاء ، والاستيلاء انما يتحقق بكون اليد الاماني مسيطراً عليه وحيث ان السيطرة لليد الاماني يكون كل شيء بحسبه فلا يمكن الا ان يكون مقبوضا للمستودع وقبض كل شيء بحسبه كما هو معروف ، وحينئذ يكون بحسب القوانين المتداولة في ذلك والا فلا يرونه قبضاً لذلك فلا يكون القبض المتعارف شرطاً في تحقق العقد بل ما يراه العرف والعقلاء قبضاً يكون داخلاً في صحة الاستيداع ومن الواضح يكون المستودع بقبضه للمستودع يجب عليه الوفاء به لحفظه ما دام عقد الوديعة باقياً وان كان العقد جائزاً فكل منهما جاز له فسخة ، ولكن ما دام العقد باقياً يجب القيام باللوازم على كل منهما لانه مقتضي العقد الواقع بينهما وبعد ايقاع العقد فان الالتزام بالعقد يستلزم الوفاء بمقتضياته وان كان

. . . .

لا يجب عليه القبض لان ذلك يستلزم الاستمرار بالوفاء بالعقد فيمكن ان لا يقبض وعدم القبض اعم من الوفاء بالعقد وايكاله الى وقت آخر ويكون العقد باقياً نعم لو قبض يجب عليه حفظه مضافاً الى انه نتيجة صحة عقده لا لزوم القبض غاية الامر ولا تترتب هذه النتيجة الا في ضمن القبض بمقتضى السيرة العقلائية القطعية حيث يرون القبض من مقومات الوديعة وعقدها.

ولو حصل المال تحت يده لا بعنوان الوديعة ففي وجوب حفظه بعنوان الوديعة لا يمكن ذلك لان الوديعة يجب حفظها بالمقدار المتعارف وتكون اليد امانياً يسمع القول بتلفها وكذلك لا يجب عليه حفظه بل يحرم اتلافه واما وجوب الحفظ فلا يجب عليه وعموم على اليد أيضاً لا يقتضي الا حكماً وضعياً من ضمانه بلا نظر الى ثبوت التكليف عليه حتى ولو رده كي يجب حفظه مقدمة له.

ودليل عون الضعيف صدقة وتعاونوا على البر والاحسان لا يقتضيان وجوب الحفظ وصدق التفريط بتركه لا يوجب الضمان ولا يوجب خروج الامين عن عنوان الامانه واما حرمته تكليفاً فلا، وكذلك صدق الجناية على مثل هذا الترك بمقتضى البرائة أول الكلام مع انه على فرض صدقه في كل خيانه حراماً أول الكلام بحيث يجب على كل احد حفظ مال الغير على فرض الابتلاء به أول الكلام اذ لم يلتزم به احد من الاصحاب.

وفي هذا المجال لا بد من ذكر جهتين، الاولى ان التفريط الموجب للضمان باي نحو كان مداره.

الثانية: ان في الوديعة يمكن شرط الضمان ام لا.

اما البحث عن المقام الاول فان الوديعة بعد ان كانت من العقود الجائزة الغير مملكه ويكون الودعي اميناً وامانته تقتضي ان يكون غير ضامن اذا لم يصدر

. . . .

منه التعدي والتفريط واما اذا صدر منه التعدي والتفريط فلا اشكال في انه لا يكون اميناً وفي هذا المجال وعلى هذا فلا يكون ضامناً الا مع التعدي والتفريط ولا اشكال في شقي المسألة اما كونه اميناً فانما يقبل قوله في التلف واما في الرد الى الودعي فلا يقبل قوله كما تقدم التصريح بذلك في المضاربة واما في التلف فان كان غيرمتهم فيقبل قوله من دون يمين واما اذا كان متهماً فللمالك ان يرد عليه اليمين كما تقدم في المضاربة مفصلاً.

نعم قد يشتبه امر التفريط وانه أي مقدار يصدق منه هذا العنوان، فلو قال احد الناس ان الشخص الفلاني لي عنده وديعة من دون ان يكون في البين لص ولكن هذه الاخبار لما شيعت بين الناس وسمعها لص وسرق العين المستودعة فهل يكون ذلك تفريطاً أو أخبر بان عنده وديعة لص ولكن لم يعين مكانها فان في هذه الموارد يقع الخلاف بينهم في صدق التفريط على هذا المقدار وحينئذ مقتضى الاصل كونه ضامناً الا وجهان مبنيان على ان الخارج هو مطلق الامانة وخرج عنها خصوص عنوان التفريط فاللازم بمقتضي اصالة عدم التفريط عدم الضمان والى ذلك سلك صاحب الجواهر ومن ان الخارج عن عموم الامانة المنصرفة الى غير التفريط مقتضى الاصل عدم الامانة الخاصة بسبب الضمان وحينئذ وفي هذا المقام لا بد من توضيح المقام بحيث يرتفع الظلام فنقول.

ان عموم على اليد يقتضي ان يكون عمومه شاملاً لكل الايادي واما على اليد بعد ان كان شاملاً لا يكون خروج الايادي الامانية بالتخصيص وعلى هذا فاللازم ان يكون في مورد الشك تكون اصالة عدم التخصيص جاريةً ويثبت في هذا المورد المتقدم ان التخصيص غير جاري فيتمسك بعموم الدليل المخصص وليس على الامين ضمان فيكون المرجع في مثل هذه اصالة عدم التخصيص.

. . . .

وتارة نقول بان خروج ايادي الامانية عن تحت عموم على اليد انما كان بالتخصص بحيث ان عموم على اليد ما أخذت يكون غير شامل للايادي المضمنة وعلى هذا فان الايادي الامانية لم يكن شاملاً لكل الايادئ حتى يكون الخارج بعض الايادي منه بالتخصيص ويكون خروج الايادي الامانية عن عمومه بالتخصص وحينئذ فلا بد من النظر في ذلك لهذا المجتمع بين العموم الاول ان على اليد يحكم بان الايادي يوجب الضمان وعموم قوله في رفع الضمان بانه امين وقوله من اتلف مال الغير فهو ضامن .

فان : صحيحه ابي ولاد الناطقة بفحواها بعدم ضمان من لم يتعدَ عن امانته وليس خروج الامانة بمعاقد الاجماعات بل يكون الدليل الاجتهادي دالاً على ذلك وحينئذ لا بد من الجمع بين الروايات فنقول :

لا اشكال كما نبهنا في الكتاب الاول المضاربة ان النسبة بين على اليد ويد الامين يكون بينهما التباين لان على اليد انما يكون شاملاً للايادي المضمنة لا الايادي التي تكون غير مضمنة وذلك لان السياق ووحدته يقتضي ذلك فان قوله في صحيحه ابي ولاد حيث ينفي الضمان اذا لم يتعد فيكون المخصص لفظياً وفي مورد الشك يكون مجالاً للتمسك بدليل التخصيص لكون الشك في المخصص فيكون مجالاً للتمسك بدليل المخصص ومجال الى اصالة عدم التعدي الموجب للضمان ولكن اذا كان خروج الايادي الامانية عن عموم على اليد بالتخصص فحينئذ لا تكون ايادي الامانية باعتبار انها بالتخصيص فيكون مقتضياً لعدم الضمان واذا كانت ذات اقتضاء لعدم الضمان بناء على التخصيص يكون شرط ضمانه خلاف مقتضى العقد وكل شرط كان خلاف مقتضى العقد باطل وحينئذ اذا كان ايادي الامانية بالتخصيص خارجاً من عموم على اليد لا يمكن شرط الضمان

....

كما فهمه القوم ويمكن ان يقال كما ذكرنا بان عموم على اليد انما يكون شاملاً للايادي الغير امانية واما للايادي الامانية لا يكون شاملاً له وحينئذ تكون الايادي الامانية خارجاً من عموم على اليد خارجاً بالتخصص فاذا كان خارجاً بالتخصص فشرط ضمانه لا يكون خلاف مقتضى العقد ويكون صحيحاً وبهذا ففي كلية العقود الاذنية المملكة والغير مملكة يكون شرط ضمانها صحيحاً وما قيل أو يمكن ان يقال ان شرطاً الضمان خلاف ما عليه العقود الاذنية فذلك امر غير وجيه كما مال اليه من لا خبرة له في الفقه في قبال مصير المشهور الذين كانوا قريبين لعصر الاءئمة فلا يكون قوله على اليد غير شامل للايادي الامانية وكذلك القواعد المقتضية للضمان أجنبية عن الايادي الامانية ولا ربط له حتى يقال كما قيل في هذه الايادي مظافاً الى ان أدلة الشروط يستحيل ان تكون مضرّه للعقود المشروطة في الكتاب الاول للدراسات في المضاربة كما وضحناه بما يزيد عليه فراجع.

(**مسألة ٢**) : لو استأجر أثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح وكانت الأجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما ، ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد ، لكفاية معلومية المجموع[1] .

---

(١) قوله اما الاستيجار لاثنين فلها عدة فروع :

الاول : الاستيجار لاثنين تارة يكون المستأجر عاقداً لكل منهما عقد اي استأجر كل واحد منهما على عمل وان كان العمل واحد بالنوع ولكن عقد الاجارة لكل واحد منهما برأسه على أجرة معينة وكان دفع الاجرة لكل واحد منهما متشخصةً ففي هذا فالعمل لما كان واحداً بالنوع فلا اشكال ان الاجرة تتقسط بينهما على مقدار ما يعملانه وكذلك اذا كان العمل شخصياً وكانا يحملان في العمل الواحد الشخص وكان الأجر الذي يُعطى لهما معيناً فلا اشكال في ان العاملان يشتركان في ذلك ولا اشكال في ذلك لان العمل الذي يعملانه تكون فيه الاجرة معلومة ومعلومية الاجرة لا يكون مشتركاً في الاعمال .

الثاني : لو استأجر عمال لعمل وكان العمل معيناً ولكن الاجرة لم تكن معينة بمعنى ان العمل الذي يريد رجال الاعمال وجوده كتشغيل المصنع وكان العمال قادرين على تشغيل المصنع وحكم رجال العمل ان تشغيل هذا المصنع يكون له أجرة معينه واما كل فرد من العمال فيما يكون استحقاقه فقد وكل وكيله أو نفس العمال لهم ان يأخذون ما يريدون أو ان العمال كانت أجرة عملهم الشركه في المصنع ومعناه ان تكون اجرتهم الاشتراك في المصنع من دون ان تكون لهم العملة الصعبة فتكون هذه شركة في العمل من دون ان تكون شركة في المال فان الاجرة هي الاشتراك في المصنع ولكن الاجرة لا تكون الا بازاء العمل والاشتراك في العمل كان غير صحيح عند المصنف لانه اشتراك في الاعمال ومن الواضح ان الشركات التي تريد العمال لمصانعهم انما يبلغون العمال بان الشركه تحتاج الى

....

عمال والعمال انما يغدون الى الشركاء وهم يشتغلون بانواع العمل ويأخذون اجرتهم ومن الواضح ان هذه الاشغال يتشاركون فيها وبعد الشركة يؤدي صاحب العمل الاجرة ويمكن ان يكون الاجير الذي كان عمله أقل أو اكثر وبهذا يكون الاشتراك في الاعمال ولا يكون الاشتراك في المال نعم كما قلنا في أول الامر ان الشركة بعقديتها وبايقاع النسبة يكون العمال باعمالهم يهبون الهبة المعوضة لهما وان كان في الاجرة مشتركين ولكن اشتراكهما في الاعمال أوجب اشتراكهما في الاجرة واشتراكهما في الاجرة لا يمكن معه ان يكون العمل الصادر منهما متساويين فيه فيمكن ان يكون احدهما اشتغل اقل والثاني اشتغل ازيد ولا يتحقق الا ان يكون العاملين حين يعملان هذا العمل فهما يشتركان فيه معاطاتياً وهذه الشركه المعاطاتية توجب ان تكون الهبة المعوضة في اعمالهما وتكون الاجرة المعطاة لهما من هذه الناحية خالية من الاشكال واما اذا لم تقع النسبة والشركة كانت خالية من هذه اللوازم فنتيجته ان تكون شركة في الاعمال الذي قال الماتن ببطلانها وهذه اللوازم واجدة لكلية العقود الانشائية كما قلنا ذلك في الدراسات الاولى في المضاربة فان الانشاءَ في البيع كذلك ايضاً فان العقلاء من ايقاع النسبة تارة يلاحظون دخول المبيع في ملك المشتري ودخول الثمن في ملك البائع فيكون بيعاً وتارة يلاحظون الحيثية الوقوعية فيكون اجارة وتارة يلاحضون توثيقاً فيكون رهناً وهكذا فان الانشاء الواحد المعتبر عند العقلاء له لوازم فكل واحد من الاجيرين حيث كان العمل المستأجر عليه معلوم والاجرة المعطاة له غير معلومة فكيف تكون معلومية المجموع منفذاً لبطلانه لان الاجرة لكل واحد من العمال غير معلومة ولا تتحقق الصحة الا بالشركة المعاطاتية كما ذكرنا ويكون الاشتراك في العمل بنفس عقد الشركة المعاطاتية واما ما قال بعض الاساتذة (قده) من

. . . .

تعارض الاصلين والرجوع الى القرعة اذا كان مشكلاً والحال ان الشركة معلومة ولا يكون مجالاً للقرعة كما توهم فيكون شركة في الاعمال ويؤول الى ذلك الى الشركة في الاموال وجميع ما تقدم يرجع الى الشركة في الاعمال الذي يرجع الشركة في الاموال .

الثالث : لو استاجر الارض زارعين واشتغلا في الارض بالزراعة فلا اشكال في صحة هذه الاجارة فان زراعتها في هذا الزرع ما داموا هم الزراع ويكون كليهما مشتغلين في العمل فصحه هذا الاشتراك لا يمكن الا ما صرنا اليه وكذلك الفرع المذكور في المتن فلو استأجر كل من العاملين لعمل شخصي ودفع أجرة واحدة لكليهما فان الاءجيرين يمكن ان يكون عملهما بقدر متساويان ويمكن ان يكون عمل كل واحد مختلفاً بالزيادة والنقيصة فدفع الاجرة لهما يكون غررياً والغرر في الاجارة يكون مبطلاً ولا يؤول الى العلم لعدم معلومية العمل لكل واحد منهما وتكون هذه الاجارة باطلة ولكن صحتها كما قلنا ان يكون الاجيرين بهذا العمل مشتركين في العمل ويكون عقد الاجارة المعطاتية هو ان يكون كل منهما يهب للآخر المال الزائد عن شغله والآخر أيضاً يهب عمله المعوض للعامل الآخر فيكون العمل صحيحاً وتكون هذه الشركة في العمل صحيحةً والا فان قلنا بان العمل المشترك بين العاملين يكون خارجاً من الشركة بالنحو الذي قلنا يكون باطلاً والتصرفات التي يتصرفها كذلك وما ذهب اليه الماتن هو القول ببطلان هذه المعاملة ويريد تصحيحه بنحو آخر وقد سبق منا ان الغرر مبطل لعقد الاجارة واعطاء الاجرة لهما على نحو واحد يكون غصباً من ناحية رجال الاعمال الا النحو الذي قلنا من تصحيح الاجارة ولا يكون الا ناشئاً عن نفس الاجارة والنسبة الانشائية ولا يمكن ان تكون الاجارة باطلة والتصحيح ببناء آخر والمشهور من

. . . .

المتقدمين فانهم انما صححوا هذه المعاملات بالاجارة لا بالصلح القهري الذي تمسك به الماتن في اواخر كلامه لما نقول ان هذه الموارد لا يمكن ان تكون بغير عقد الاجارة ونفس عقد الاجارة يصحح المعاملات المتعارفة لان العمل معلوم والاجرة المعطاة الى الاجير معلومة ومن الواضح ان الاجير لا يقدم الى الاجرة الغير معلومة وعند الاشتباه في الاجرة تكون الاجارة باطلة ويكون الواجب على رجال الاعمال اعطاء أجرة المثل لا المسمى وتكون تصرفات العامل في المقام فضولية لان على رأي الماتن ومن حذا حذوه تكون المعاملة باطلة واما ما قال بعض الاساتذة (قده) من تصحيحه ببيع الصفقة حيث حكم بان هذه المعلومية كافية فان بيع الصفقة تكون الجهة مولاة الى العلم وهذا بخلاف المقام حيث ان العامل بعمله لا يدري ما تكون اجرته ويقدم على الاجارة وما قال بعض في بطلان التشبيه بالصفقة صحيح ولكن المتفاهم العرفي الذي يدعيه في المقام باطل لان العمل من الاجيرين غير معلوم في هذا العمل ولا يمكن ان يقال بان الاجرة انما تكون نصفين وما يكون داعية في هذه الكلمات الا ان يشترك العاملين في هذا العمل وبعد اشتراكهما في هذا العمل يجري فيه ما قلنا والشاهد على بطلان ان يكون المنصرف هو ان تكون الاجرة بينهما نصفين ان كل واحد من العاملين الذين يعملان اذا كانا يرون ان الاجرة بينهما نصفين لما قبلا بهذا العمل وبعد العمل ايضاً لا يرضيان بالتنصيف لهذه الاجرة ويدعي كل واحد منهما الغبن في هذه الاجرة هذا من ناحية الحل الذي تفضل به مقرره مسنداً اليه ولا اظن ان المقرر امكن له التقرير بما اراده وهو الا وجه واما ما اسند اليه الى عدم تنجز العلم الاجمالي فلا يمكن ان يكون صادراً ممن له ادنى علم بالاصول لان العلم الاجمالي انما يكون متوجهاً الى رجال الاعمال ولا يكون متوجهاً الى العاملين اذ من الواضح ان رجل

....

الاعمال حيث يدفع الاجرة الى العاملين يكون عالماً بان الاجرة المعطاة الى العاملين اجمالاً بان عملها يمكن أن لا يكون على نحو سواء فيمكن ان يكون شغل احدهما اكثر من الآخر ويمكن ان يكون اقل فالعلم الاجمالي لرجال الاعمال منجزاً لها وبعد تنجز العلم الاجمالي لرجال الاعمال يكون المقام ان قلنا بالشركة الحقيقية بالمعاطات فقلنا بان هذه شركة حقيقية ولا اشكال فيه وفي هذا المقام بالنسبة الى العاملين لهما فيعلم ان ذمته مشغولة لاحدهما ولا يمكن لجريان الاصل في كل واحد منهما لانه بهذا لا مجال لجريان الاصل حتى يقال بالتساقط فيرجع الى التراضي بينهما هذا اذ قلنا بالشركه التي صار اليها القوم تبعاً لصاحب الجواهر فلا بد رجال الاعمال استرضائهما ولا يكون مجالاً للصلح القهري ولا للقرعة لان الصلح القهري انما يكون مورد لاختلاف العاملين، والعاملين كما قلنا مشتركين في هذا المال بالشركة الحقيقية فلا اشتباه لهما في ذلك وكذلك القرعة لان الاشتباه لهما لا يكون بعد اشتراكهما الصحيح وحينئذ يكون المورد شريكين لا يحتاج الى القرعة ولا يكون مورد الصلح القهري وعلى هذا فلا يكون الا شركة حقيقية دالة على اللوازم التي تكون شركة حقيقية معاطاتية.

واما ما قاله الماتن من احتمال التساوي بين العاملين من دون ان يكون بينهما تراضي فلا اشكال في ان يكون شركة في البين فلا بد ان يتراضيا خارجاً واما من دون ان يتراضيا خارجاً مشكل لان العاملين انما يقطعان بان المال المعطى يملكانه ولكن الامر يكون دائراً بين ان نصيب العامل الاول هو هذا المقدار أو ان نصيبه أكثر وكذلك المالك الثاني نصيبه هو هذا المقدار أو ان نصيبه أقل أو أكثر ورجال الاعمال جعلا المال فيما بينهما بحيث لا يكون يد لاحدهما على تمام المال فان كل واحد منهما يعلم اجمالاً بان له نصيب في هذا المال ويتردد امره

. . . .

بالزيادة والنقيصة فكل من العاملين اذا كان مجرى الاصل والعامل الثاني ايضاً يكون مجرى الاصل فيكون المقدار الزائد من مجهول المالك ولا يمكن القول بالمناصفة لان المناصفة ايضاً يكون على هذا المنوال ويمكن ان يكون احدهما مشتغلاً ازيد من النصف وكذلك الاجر وعلى هذا فلا يكون المقدار الزائد الذي يحتملانه من دون مالك فيكون مجهول المالك والحكم بان الامر على التنصيف دعوى بلا برهان اذ هناك ثلاثة ملاك الاول: المالك فان المالك لا بد وان يدفع الاجرة الى العمال الثاني: العامل الاول الثالث: العامل الثاني والمالك كما قرر في عمله فاذا استأجر العاملين للعمل وعملا في ملك المالك وحكم بان اجرتكما هذا المقدار بحيث كانت اجرة العاملين معينة بهذا المقدار فلا اشكال في ان تكون بالمناصفة.

وتارة يستأجر العاملين على ان يعملا في العمل الخاص وحكم بان بازاء هذا العمل يدفع اجرة واحدة لقضاء شغله ففي هذا المورد يكون الكلام ان كل واحد من العاملين في هذا العمل فيكون كل ما يأخذ المعلوم بالاجمال بين ان يكون حصه كل واحد مستحق للعامل الاخرام لا فيكون معلوم بالاجمال بين ان يكون مالكاً لجميعه أو انه مستحق للغير وحينئذ العامل الثاني ايضاً مبتلا بهذا العلم الاجمالي لعدم ظهور ان يكون عملهما كل واحد بقدر الآخر ولا يجري الاصل في كلا الطرفين لان جريان الاصل في كلا الطرفين لا يجري من جهة العامل ان كان عمله بمقدار استحقاقه فيملك الاجرة وان كان أقل فيرجع الى المالك وهكذا المال الثاني فان كان عمله بمقدار اجرته فيملكه وان لم يكن بمقدار عمله فيرجع الى المالك فحينئذ له علم اجمالي بهذا المقدار وهذا العلم الاجمالي لا يجري فيه الاصل في كلا الطرفين لان العمل غير معلوم.

. . . .

وبعبارة واضحة ان الاجرة في الاجارة اذاكان غررياً يكون باطلاً والاجرة لا تملكه الاجير وان كان مال الغير وله حق فيه فايضاً لا يملكه الاجير فيقطع كل اجير إن ما يأخذه لا يكون مالكاً له اجمالاً ومن الواضح ان هذا العلم الاجمالي منجز فلا يكون كلا الأجيرين هذا العلم الاجمالي موجوداً عنده والحل هو الذي قلناه ولا غير.

واما ما تعرض له الماتن أو لا بان عند الاشتباه الخ وما قاله بعض المعاصرين بعدم تصوير العلم الاجمالي فيمكن ان يكون من المقرر أو الشريط الذي تكون التقريرات يكتبونها من ناحية الشريط واما نفس المقرر رحمه الله عليه لم يكن له وقت للنظر فيه من جهة اشتغاله بالمرجعية العامة.

واما قول الماتن بان الاجرة مقسمة عليهما فانه مع كون العمل صادراً من كليهما ولم يكن المقدار المشتغل غير معلوم فلا يؤول الى العلم اصلاً الا بالطريق الذي بيناه وبهذا يكون غررياً وباطلاً لعدم سرايته الى العلم اصلاً والمجموع الموجود لا يكفي للعمال المتعددين.

واما ما صار اليه الماتن من كون المقام لما كان مبتلى بالعلم الاجمالي لا بد وان يكون المرجع القرعة لكونها لكل امر مشكل أو الصلح القهري ولكن الكلام انما يكون في مورد النزاع واما اذا لم يكن هناك نزاع وكباب التداعي فلا بد من النظر فيه فنقول ان المورد بعد تنجز العلم الدائر امره بين البطلان والضمان الامر كما يراه الماتن من الحكم بعدم الاصلين فان الاصلين بالنسبة الى كل واحد متعارض بالنسبة الى الآخر الا ان كل واحد من العاملين يكون العلم الاجمالي منجزاً له واما بالنسبة الى العاملين عند ورود الدعوى منهما لا يكون ايضاً تداعياً لان العاملين يعملان في المصنع فهذا العمل متشاركين في نتيجته وتشريكهما في

....

النتيجة يوجب ان يكون لكليهما اليد على العمل فيكون شريكين في السلطنة على انتاج هذه السلعة فتكون اليد الموجود لهما من اشتراكهما في العمل فيكون كليهما شريكين في العمل الوارد على السلعة فيكون رجال الاعمال مالكين للسلعة وكل واحد من العمال مشتركين في العمل بهذه السلعة فاليد الموجود للعمال في هذه السلعة تكون بمناط عملهما ومن الواضح ان العمل يكون مشتركاً بينهما واشتراكهما في العمل يوجب ان تكون اليد لهما في العمل وهما مشتركين في هذا العمل واشتراكهما يوجب ان تكون يد كل منهما في عالم الاعتبار بعد استحالة ان يكون عروض يدين مستقلتين في عالم الاعتبار على شيء واحد فقهراً لا بد وان ينحل في عالم الاعتبار الى يد كل واحد على النصف لا انه كذلك حقيقية وحينئذ فلو ادعى كل واحد ما في يد الآخر يكون كل منهما مدعياً ومنكراً بالاضافة الى النصف ولا يمكن ان يكون الباب من التداعي كما توهم وحينئذ فان الشركة بين العاملين تصح اذا كان الجاري بينهما عقد الشركه الحقيقية في الاموال لان الشركه في الاعمال لا يكاد يصح الا ان يكون راجعاً الى الاموال وبعد رجوعه الى الاموال لا يمكن ان يكون بينهما تداعياً وانما يكون مدعياً ومنكراً واما اذا لم يكن هناك نزاع في البين فلا اشكال فى ان كل واحد من العاملين يكون مبتلى بالعلم الاجمالي وابتلائهما بالعلم الاجمالي يكون انحلاله بالتنصيف والصلح القهري كما مال اليه الماتن ولا يكون هناك غير مجال للاحتمال بل تثبت الفتوى بذلك كما عرفت من المفصل وهذا التفصيل يجري في المسألة الاتية ايضاً حرفاً بحرف لان في جميع الموارد التي يكون اشتراك عاملين أو أكثر في مجتمع واحد وكان العمل الصادر مشتركين في الشخص أو كانا مشتركين في النوع أو مشتركين في السنخ بحيث كان العمل بينهما مرتبطاً تكون هذه الشركه حقيقية وان لم يكن عقد الشركة بينهما

ولا يكون من شركة الاعمال التي تكون باطلة ، بل من شركه الاموال فهو كما لو استأجر كل منهما لعمل وأعطاهما شيئاً واحداً بازاء اجرتهما. ولو اشتبه مقدار عمل كل منهما فان احتمل التساوي حمل عليه ، لأصالة عدم زيادة عمل أحدهما على الآخر وان علم زيادة أحدهما على الآخر فيحتمل القرعة في المقدار الزائد ويحتمل الصلح القهري.

(**مسألة ٣**) : لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماءً بآنية واحدة أو نصبا معاً شبكة للصيد أو أحييا أرضاً معاً ، فان ملك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي. والا فلكل منهما بنسبة عمله ولو بحسب القوة والضعف ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة ، وربما يحتمل التساوي مطلقاً ، لصدق اتحاد فعلهما في السببية واندراجهما في قوله : من حاز ملك وهو كما ترى[1].

جارياً لفظاً الا ان العمل الصادر منهما يكونا مشتركين فيه واشتراكهما في العمل يوجب ان يكون مشتركين في الاجرة نفس هذه تكون مورد الشركة في الاموال لا الاعمال وقلما يكون مورداً تكون الشركه في الاعمال دون الاموال لاقتضاء ايقاع عقد الشركه ذلك فان صيغة ايقاع عقد الشركة اي النسبة الانشائية لها ملازمات وهذه الملازمات لا يمكن قبول العقد الا بالقبول لهذه الملازمات وهذه الملازمات كما مر تفصيلها مفصلاً توجب ان تخرج هذه الاعمال الى الشركة في الاموال من دون احتياج الى الصلح أو الامور الغير داخله في الشركه كما هو واضح.

(١) المسألة الثالثة الذي اتى بها الماتن (قده) يتضح من المسألة السابقة ان

....

الموارد المذكورة في المتن انما يكون من ناحية الشركة في الاموال لا الاعمال بالنحو الذي ذكرناه فعلاً هذا لو أقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بانية واحدة كالدلاء الذي لم يتمكن ان يستخدمه عامل واحد الا بأعانه عامل آخر فان هذه شركة في الاموال وان كانت الاعمال مختلفة ويكون الامر كالارث الحاصل من مورثهم حيث يكون الاختلاط قهرياً والشركة قهرية فالاجرة الحاصلة لهما يكونان مشتركين فيها واشتراكهما فيها قهرياً يوجب ان يكون كل واحد منهما ممنوع من التصرف فيه الا برضا الآخر وتكون الشركة الموجودة شركة قهرية لا يمكن ان تكون شركه حقيقية الا بان يكون قبل العمل يعقد ان الشركة في حفر هذه القنات أو البئر أو غير ذلك فان كان الاشتراك عقدياً أو معاطاتياً كان حاصل الامر شركة حقيقة ويكون العمل الحاصل منهما مشتركين في اجرته ويكون من الشركة في الاموال والشركة في الاموال يكون على النحو الذي قدمناه ويكون فيما رضيا به تكون الاجرة منقسمة هذا في الفرع الاول والثاني من المتن.

واما الفرع الثالث فان نصب الشبكة للصيد وكذلك في الفرع الاول والثاني لا يكون لا اعتباره بالقوة والضعف لان هذه الجهات خارجه من مورد المعاملة فان المتعاملين انما يستأجرون لحفر القناة فيمكن ان يكون احدهما قوياً ولكن كان شغله أقل والآخر ضعيفاً وكان شغله أكثر فلا يمكن ان يكون المناط في القوة والضعف وانما المناط في المقام في مثل هذه الموارد طبيعة الاشتغال الحاصل لكلا العاملين فالناصبين الشبكة للصيد بعد ان تلبسا بالعمل يملكان الاجرة وبعد ان استملكا الاجرة كانا شريكين في المال الحاصل لهما فان عقد الشركه ان كان ذلك شركه كانت واقعية وتكون الشركه حاصلة لهما من ناحية الاجرة وحينئذ لو عقدا لشركة أو كان الاشتراك معاطاتياً كان لهما التصرف في المال بدون اذن الآخر

. . . .

واما اذ لم يعقدا الشركه تكون الاجرة المعطاة لهما تكون من الشركة القهرية الذي لا يمكن فبها لكل واحد منهما التصرف في المال المأخوذ الا برضاية الآخر وحيث ان الاجرة لكل واحد منهما غير معلومة يكون المورد للصلح القهري ولا يكون مورد للقرعة لابتلائه بالعلم الاجمالي فلابد من الصلح القهري كما عرفت الحال فيه ولكن أنّا بالاحتياج اليه بعد صحة الشركه الموجودة من دون ان يكون واصلاً بالعلم وبعد ذلك يكون الوصول الى الصلح القهري الذي اشار اليه الماتن من أن أحياء الارض تارة يكون بالزراعة أو البناء أو غير ذلك فلا محالة ان هذا اشتراك حقيقي ويكون من باب تداخل ملكيتين ويتعقبهما تداخل يدين وفي هذه الحالة يكون كل منهما شريك للآخر وشركتهما تكون شركة واقعية وهكذا الشركات التي يحفرون فيها ابار النفط والمعادن الموجودة تحت الارض وغير ذلك حتى الملح فان العمال اذا كانوا ازيد من واحد أو كانا مستأجرين كانت بينهم الشركة الحقيقية بمجرد العمل الذي استأجرا عليه ولا يكون مورد الاشتباه ، واشتراكهما بالتساوي لا يمكن ان يشتبهان فيه لان اشتراكهما في احياء الارض يوجب لكل منهما السلطنة على ما احياه وهذه السلطنة باقية الى تمام الاحياء والقسمة والفسخ من دون ان تكون هذه اليد متسلطه عن هذه الارض الا بعد تحقق الثلاثة فيكونا مشتركين ومن المفروض ان القسمة لا بد وان يقسمها المقسم أو ان يتراضيا في القسمة وبعد ترتب الامور الثلاثة يمكن فسخ الشركه حقيقيةً كانت الشركه كما صرنا اليه أو كانت الشركة حكمية أو كانت من قبيل اشتباه الاموال كما صار اليه المعاصرين تعبداً بما صار اليه صاحب الجواهر في هذه الارض التي احياها العمال .

وما صار اليه الماتن من تعنون الاشتراك بان يكون كل منهما مالكاً لنصف

....

بنصف منفعة الآخر حتى يترتب الاشتراك عجيب اذا اقدامهما على حفر القناة وأحياء الارض المشتركة واقدامهما على نصب الشبكة للصيد لا يوجب الاشتراك.

وقوله يوجب الاشتراك من حيث المنفعة فالظاهر ان المصنف غفل عن الامور المتقدمة واراد الاشتراك من هذه الجهات أو اراد التأكيد في ذلك وكل هذا اشتراك في الاموال فتارة يكون بنحو اختلاط الاموال وتارة بنحو الشركه الحقيقية وعلى هذا فكل هذا يكون من باب الشركة الحقيقية أو الشركة الحكمية أو من اختلاط الاموال الذي لا يكون المصير فيه الا الصلح القهري ولا يكون مورد الاشتباه، وان كان مورد الاشتباه لا يجري الا بما اجريناه في الفروع السابقة.

فان احتمال التساوي لصدق اتحاد فعل العمال بل لا محيص من ذلك لان رجال الاعمال لما استأجرا العمال فان الاجارة انما يكون لاتفاقهما مع العمال على العمل الذي يقومان به ولا اشكال ان الاستيجار جاري على طبيعة العمل فتارة يستخدم العمال على ان يعطي المجموع اجرة واحدة فحينئذ يكونا مشتركين في هذه الاجور المعطاة من رجال الاعمال من دون الامتياز بينهما وتكون هذه الشركة كما قلنا عقدية أو معاطاتية لان لايقاع هذه النسبة لوازم وملزومات ومن الواضح ان هذه اللوازم توجب ان يكون مشتركين في العمل الصادر منهما أو اشتراكها في العمل الصادر منهما لا يوجب ان يكون من الشركة الباطلة لما ذكرنا من ان الشركة في هذه الاعمال يرجع الى الشركة في الاموال ولكن بالشركة العقدية الحقيقية أو الشركة الحكمية أو من باب الاشتباه في الاملاك فان في جميع هذه الموارد تكون شركة على المباني المتقدمة.

وتارة يستأجر العمال بان يكون استيجار هم على اجارة خاصة بكل واحد

. . . .

منهم بمعنى ان رجال الاعمال يستأجر كل عامل بمبلغ معين لعمل معين واعطاء الاجرة صفقة واحدة للاداء فلا اشكال ان كل واحد من العمال له اجره خاصة معينة للاعمال التي قام بها ولا يرد هنا اشكال وانما الاشكال في ان العمال في عمل واحد لو كانا مشتركين للقيام به وحينئذ يأتي النزاع المتقدم وقد اجبنا عنه بما لا مزيد عليه من جهة ان العمال مشتركين في هذا العمل برضايتهما لهذا العمل واشتراكهما فى القيام بهذه الاعمال يوجب ان يكون شريكاً لمساعيهما فتكون شركة في الاموال لا الاعمال بايجاب عقد الشركة أو بالمعاطاة ونفس الرضاية توجب ان يكون لها لوازم وملزومات كما تقدم مفصلاً .

فلا يكون اجمالاً حتى يعتبروا التساوي أو النزاع بينهما وانما يكون ذلك فيما اذا قام النزاع بينهما وقد قلنا بان المورد يكون مورد المدعي والمترتب عليه الشركه الذي ينجر الى الشركه في الاموال دون الاعمال ولا يكون الموارد المتنازع فيها من الشركة في الاعمال حتى يكون مورد الاشكال كما ان المورد الذي عليه الاجارة من موارد المباحات حتى يتحقق فيه الحيازة مثل المباحات .

فان في مورد احتمال التساوي الذي ذكره الماتن تبعاً لصاحب الجواهر وذكره بعض المعاصرين واستشكاله على الاطلاق من كلام صاحب الجواهر دون اصله فانه لا بد وان يرى مبني صاحب الجواهر فان مبنى صاحب الجواهر في الاجارة حيث ان الاجير بمجرد عقد الاجارة يملك ما تُؤخر عليه من دون ان يعمل في ماتؤجر عليه وهو كذلك وعند استيجار عدة عمال كلهم يملكون الاجرة على حسب اعمالهم وحينئذ المباني تحتلف فان على مبنى صاحب الجواهر يكون كلامه في المقام صحيحاً لان عقد الاجارة يوجب ان يكون العمل المستأجر عليه مستنداً الى العمل من حين عقد الاجارة وتكون نسبة عقد الاجارة الى العمل

. . . .

بالتساوي فقهراً تكون اجرة المالكين بينهم بالتساوي فيصح كلام صاحب الجواهر مطلقاً ولم اعلم بالتفصيل في المقام بان تكون الاجارة من الانشائيات والانشاء لما كان موجباً لاثرٍ بسيط وهو مالكيه العامل للعمل المستأجر عليه وملكية العمال للعمل الناشي من عقد الاجارة ايضاً بسيطاً ولكن في مرحلة الانطباق يمكن ان يكون مركباً كما تفضل به وهذه مرحلة الآتي به في الخارج دون مرحلة الانشاء الذي يكون بسيطاً فايجاب المالك لعقد الاجارة بالانشاء يملك المستأجر الاجرة ويقوم بايجاد العمل وايجاد العمل تارة يكون بسيطاً وتارة يكون مركباً وهذا لا يكون مربوطاً بالاجرة التي يستملكها المالك اذ استملاك العامل قد وجد حين الانشاء وحين الانشاء كانت النسبة الذي اوجدت العامل الحق في التصرف وبالذي استملاكه أوجب ان يستملك البسيط أو المركب ومن الواضح ان الملكية للعامل في المقام بسيطة وفي هذه المرحلة لا بد من ان يكون الامر البسيط مستنداً اليها معاً من دون ان يكون امتياز بينهما لان السبب الحاصل لاجرتهما يكون بسيطاً ولا محالة الفعل الذي كان على علقتها ايضاً بسيطاً ومن هذه الناحية يكون كلام صاحب الجواهر صحيحاً لبساطة سببه؟.

ولكن يمكن ان يقال ان ما صار اليه صاحب الجواهر من ان الشركة انما تتحقق بالاختلاط بحيث لو عقد الشركة ولم يختلط المالين لا تتحقق للشركة الحقيقية وعلى هذا فان الاختلاط الخارجي يكون شركة حقيقية ولا يرى الشركه بين الملكين وانما يرى الشركه بين المملوكين وعلى هذا فيكون ايراد البعض وارداً عليه ولكن كلام صاحب الجواهر في المقام ايضاً مخدوش فيه من ان الشركة في الاعمال يكون على مبنى المحقق الاردبيلي صحيح ما لم يقم اجماع على بطلانه وقد حكم بان الاشتراك في الاعمال يكون باطلاً لبطلان ان يشترك الانسان في ثمن

. . . .

ما يختص بغيره ومثل هذا العقد داخل في التمليك المعدوم الغير جائز ولكن فيه ان على مبنى صاحب الجواهر وكذلك على مبني بعض المعاصرين لا يكون التمليك بالمعدوم لان الشركة على مبنى المشهور عبارة عن الاشتراك في السلطنة بين المتشاركين والسلطنة بين الشريكين دائماً موجودة نعم اذا قلنا باختلاط الاموال الخارجي الذي كان عبارة عن الشركه الحكمية أو قلنا بان الشركة عبارة عن اشتباه الاموال كان كلام صاحب الجواهر والمتعبدين برأيه صحيح ولكن المشهور بين كلام ذلك ويكون كلام المحقق الاردبيلي صحيح ولا يكون هناك اجماع على بطلانه وانما الاجماع قام على ان الادلة الموجودة في شركة الوجوه الذي يقولون ببطلانه بان يشترك الاثنان بالمال الذي لهما يبيعان ويشتريان لانفسهما من دون ان يكون هناك شركة عقدية الذي قلنا فيها بان الشركه بنفسها ايقاع النسبة ويكون ذلك دلالة مطابقية ويكون لها لوازم وملزومات فاللوازم ان يكون تبادل السلطنتين وتبادل السلطنتين يوجب ان يكون كلما يشتريانه ويبيعانه يكون ذلك مشتركاً بينهما وتكون هذه الشركة الحقيقية ويكون غير محتاج الى الوكالة فنفس عقد الشركة يكون متكفلاً لذلك فتكون شركة الوجوه على هذا صحيحاً بالمعنى الذي قالوا ببطلانه والمشهور الذي قالوا بصحة الشركة يقولون بصحة هذه الشركه ولا يحتاج الى المصالحة ولا غير ذلك لان اللوازم يكون مورد الذين قالوا ببطلانه ولا يكون هذا المورد شاملاً له نعم على نحو الشركة الذي توهم ان المشهور قائلين به يمكن ان يكون ادعاء الاجماع على بطلانه ولكن المشهور بين من ذلك وانما يتحمله صاحب الجواهر والمتعبدين برأيه .

واما شركة المفاوضة فان شركة المفاوضة تكون باطلة الا ان نقول بانعقاد الشركة على هذا المنوال بحيث يرضيان بهذه الشركه فلا يكون هناك اجماع على

(**مسألة ٤**) : يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركة العقدية مضافاً إلى الايجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لفلس أو سفه ـ امتزاج المالين سابقاً على العقد أو لاحقاً ، بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر ، من النقود كانا أو من العروض[١] بل اشتراط

بطلانها لان الدلالة المطابقية موجودة والدلالات اللالتزامية ايضاً فهما حاكمين في عقد الشركة فيكون العقد صحيحاً اذا قلنا بقول المشهور في عقد الشركة لا من اختلاط الاموال ولا من باب اشتباه الاموال كما مر سابقاً بتفصيله .

(١) في المسألة الرابعة من الماتن فروع :

الفرع الاول : اما الشرائط العامة فلا اشكال فيها من جهة ان التكليف سواءً كان وضعياً أو تكليفياً يكون منوطاً بتحقق هذه الشرائط وهذه الشرائط لا اشكال في انه لا بد وان يكون حتى يتحقق الانشاء من الشريكين .

الفرع الثاني : الشركات العقدية تحتاج الى الايجاب والقبول ولكن الشركات التي صار اليها صاحب الجواهر ومن حذا حذوه فلا يكون العقد مأثراً أثراً خاص لان المناط عندهم هو الاختلاط ، وهذا الاختلاط يوجب الشركة والعقد الآتي بعده أو قبله بشرط الاختلاط لا يأثر بشيء الا ما كان الاختلاط مأثراً له وعلى هذا فلا يكون المشتركين ذا يد على المال الا بقدر المال المختلط من دون ايجاب لهذه الشركة ولابد للتصرفات التي يتصرفها المتصرفون أجازة باقي الشركاء ليس الا وانما تكون الشركة العقدية عندهم الا كاشتباه الاموال ويكونون غير مالكين الا بالملكية المبهمة الذي لا يكون بناء العقلاء على ملكيته كما سبق .

وهذا بخلاف ما صار اليه المشهور من الشركة الحقيقية حيث ان الشركة تتحقق بالشركة في السلطنتين أو السلطنات حسب الاحتياج بالاختلاط ولكن اذا انعقدت الشركة بين الشركاء ففي مرحلة الانطباق لا بد وان يكون مالا أو عرضاً أو

. . . .

غير ذلك فلا احتياج الى اختلاط لا سابقاً عن العقد ولا لاحقاً عنه وشرطية ذلك يخرجه عن الشركة الحقيقية ويدخله في الشركه الحكمية ويكون من باب اشتباه الاموال أو الشركه القهرية كالارث أو ان تختلط الاموال من دون اختيار الملاك فتكون الشركة الواقعية متحققةً ولو كانت الاموال المشترك فيها مميزة بحيث ان تمييز المال غير مضر بالاشتراك الحقيقي الواقعي وهذا بخلاف مباني صاحب الجواهر ومن حذا حذوه على خلاف رأي المشهور حيث ان الاختلاط فقط يوجب الشركة والشركه الذي بنوا عليها لا تكون شركة حقيقية بل تكون شركة حكمية ولا بد وان الاموال تختلط به قبل العقد أو بعده وعلى هذا لا تكون هذه الشركه منحازة عن الاختلاط ولو قهرياً ولا يكون العقد مأثراً فيه الا من جهة كون صاحب الجواهر يحكم باللزوم والباقي يقولون بالجواز تبعاً للمشهور فالعقد الموجود للشركة اخذوه من صاحب الجواهر واللزوم الذي قال به صاحب الجواهر قد ردّوا عليه .

الفرع الثالث : الايجاب والقبول اذا لم يكن عقد الشركه معاطاتياً وفي المعاطات لا بد وان يكون الفعل فعلياً والقبول فعلياً ايضاً واذا كان القبول قولياً لا يعتني العقلاء به ولهذا لا بد وان يكون الايجاب والقبول فعلياً كلاهما أو قوليا كلاهما واما العقل فلا نصراف الاطلاقات عنهما .

الفرع الرابع : فان الاختيار انما يقابل المكره واما الاختيار المقابل للاضطرار فان العقد يصح فيه كما هو محرر في محله فيصح عقد الشركة لان بطلانه يوجب عدم الامتنان للمشترك .

الفرع الخامس : عدم الحجر للمشترك اذا كان قبل عقد الشركة فنقول :

ان عدم الحجر لفلس اذا كان المشترك مفلساً واراد الشركة فان الشركه اذا

. . . .

كان عبارة عن اختلاطاً للاموال فلا يملك مالاً لافلاسه من الاموال الموجودة خارجياً لكونه متعلق لحق الديان وان اراد الاشتراك فيحتاج الى اذن الديان ونقول ان السلطنة على المال الخارجي تصرفاته لا بد وان لا تكون خلاف الامتنان في حق الديان كما هو محرر في محله فعلى مبنى الماتن ومن حذا حذوه يكون اشتراط عدم فلس المشترك من الاءمور اللازمة واما على المبنى الذي استظهرناه من مقاله المشهور من ان الشركة عبارة عن الاشتراك في الملكين لا في الملكيتين كما هو رأيهم فان المدين لم يكن محجوراً في ملكيته ولهذا ترى ان المفلس يملك بعد الحجر وان كان ما يملكه خارجاً غير كافي لديونه فانه يملك وبعد الملكية ينتقل الى الديان فمن هذه الجهة تكون الملكية له غير محجور عنه وانما الديان بعد ان رأوا عدم كفاية الاموال الخارجية لحقهم فانهم يطلبون من الحاكم حجره عن التصرف في الاموال الخارجية فالفلس لا يكون مانعاً عن الشركة الحقيقية لان الشركة الحقيقية عبارة عن تداخل السلطنتين وتكون الاموال الخارجية يكون مرحلة انطباقه فيكون مرحلة الانطباق خارجاً عن صحة العقد وحيث ان مرحلة الانطباق يمكن ان يوجد ويمكن ان ينعدم كما ذكرنا ذلك مراراً فلا يمكن ان يكون مرحلة الانطباق دخيلاً في صحة العقد كما ان اختلاط الاموال خالي عن الصحة لعدم تحقق الاجماع لو لم نقل بان كلام المشهور يقتضي خلافه وعلى هذا فلا يكون المفلس عدمه شرطاً في تحقق الشركه كما ان وجود المال ايضاً غير دخيل في تحقق الشركه العقدية كما عرفت من البيانات المتقدمة.

الفرع السادس: قد تقدم عدم اشتراط وجود المال في الشركة العقدية فكيف بشرطية الامتزاج كما تقدم البحث فيه مفصلاً وان كان وجود المال والاختلاط مما لا محيص عنه عرفاً ولكن لا ربط له بالعقد وصحته أو لزومه على

اتحادهما في الجنس والوصف والاظهر عدم اعتباره ، بل يكفي الامتزاق على وجه لا يتميز احدهما من الآخر كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر .

بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير وذلك للعمومات العامة كقوله تعالىٰ : اوفوا بالعقود ، وقوله (ع) المؤمنون عند شروطهم ، وغيرهما بل لولا ظهور الاجماع على اعتبار الامتزاج امكن منعه مطلقاً ، عملاً بالعمومات . ودعوىٰ عدم كفايتها لاثبات ذلك كما ترىٰ[1].

الاقوال المحكمة في المضاربة ولنعم ما قاله بعض من عاصرناه في الفرق بين مقام الثبوت والاثبات.

(١) **الاول** : في مقام الثبوت فان مراد صاحب الجواهر من الامتزاج الذي يكون عبارة عن الشركه القهرية كان بالاختيار أو قهرياً فلا يعقل ان يكون شرطاً للعقد لانه ان كان تقدم على العقد هو تمام السبب في تحققها ولا يكون العقد من بعده الا كوضع الحجر في جنب الانسان وان تأخر عنه كان العقد لغوا محضاً لتحقق الشركة بالمزج سواء سبقه العقد أم لا ودعوى ان المزج المتأخر يكون كاشفاً عن تحقق الشركة بالعقد السابق فلا يكون لغواً كما احتمله صاحب الجواهر تكلف بلا موجب لحمله على الكاشفيه بل هو شرط مقارن في نظرهم ومعه فيرد عليه انه تمام السبب لها وبذلك فلا يكون العقد السابق الا لغواً محضاً نعم لو كان مرادهم الشركة الظاهرية على ما التزم الماتن به كمزج الدرهم بمثلها فهو أمر معقول ولا بأس به انتهى كلامه يرد عليه أو لا ان القائلين بشرطية الاختلاط يمكن ان يكون هو الشرط المقارن على مبنى صاحب الفصول في تصويره للشرط المتأخر بحيث يكون العقد بملاحظة الاختلاط يكون صحيحاً ويكون شرطاً مقارناً هذا في الاستنصار للقائلين بالاختلاط وعلى هذا يكون شرطاً مقارناً .

....

واما للاستنصار لصاحب الجواهر فانه يعلم ان العقد وجوده وعدمه سيان الا ان العقد يكون موجباً للزوم عقد الشركة فان البعض رحمه الله بعد انكاره على صاحب الجواهر من ادخاله المزج في تحقق الشركة وبعد ان قال بان الشركة من الامور الاعتبارية ويكون الانشاء لخروجه عن الخلقة الاصلية ويكون أمراً ثالثاً يكون من الشركة الواقعية حقيقية فيطرح سؤال كما ذكرناه مراراً ان اهمية الثالثة المشتركة بين الشريكين ويمثل كالسكنجبين حيث انه شركة واقعية حقيقية عقدية .

ولكن يرد عليه أولاً ان الشركة من يملك الطبيعة الثالثة كالمالك للسكر فانه لا يملك ذلك لتغاير المال الموجود فيباين الطبيعة الثالثة لمالك الخل فان ذلك ايضاً يكون مغايراً لما كان يملكه واليد الموجودة لهما به لا تكون يداً مالكيةً فأما ان نقول ان الشركة بعقده في الخارج لما لم يكن المشتركين مالكين للطبيعة الثالثة فلا يخلو من انه أما ان يبقى هذه بلا مالك ولم يتفوه به عاقل أو ان يكون كل منهما مالكين بعقد الشركة فيكون عقد الشركة قائماً مقام البيع بينهما بهذه الشركه ولا يقول به احد .

واما ان يكون كليهما مالكين مشتبهين في ملكيتهما ويكون كالمال المردد بينهما الذي لا يكون معتبراً عند العقلاء وتكون الشركة موجباً لتشابه الاموال أو الفرد المردد والحال ان العقلاء لا يرون ملكية الفرد المردد .

واشتراط الخلط العرفي الذي قال به البعض قده اخذاً من صاحب الجواهر فلا بد ان تكون الشركة الحقيقية غير موجودة في العقد والا فتكون الاشكالات الواردة منه على صاحب الجواهر ترد عليه الا ان يكون انكاره لصاحب الجواهر من جهة توقفه على الخلط المتعقب والا فجميع الاشكالات ترد عليه .

. . . .

ولكن تقدم في أول البحث ان الخلط العرفي الذي صار اليه صاحب الجواهر يكون اطلاق المادة عليه والملكية الذي يكون اطلاق الارادة والهيئة والنسبة دالاً عليها وعند تزاحم اطلاق المادة واطلاق النسبة والهيئة يكون الامر دائراً بين التخصيص والتخصص وعند الامر بينهما يكون التخصص مقدماً وحينئذ يكون الاختلاط موجباً للشركه ولكن لا يكون هذا الاختلاط شركة حقيقية وانما قام الاجماع على ان هذا الاختلاط يكون شركة حكمية والشركة الحكمية يستحيل ان تكون شركة حقيقية كما فصلناه في الجواب عن صاحب الجواهر والاكان من الفرد المردد أو المبهم الذي لا يرَ العقلاء فيه الملكية لاحد المتشاركين ويكون من الاختلاط بين المالين اذ لا يمكن ان يكون كليهما ذو يد على المال وانما يكون شركة حكمية لا يجوز التصرف لاحدهما الا باذن الآخر أو يكون من قبيل الكلي في المعين والمشهور (رضوان الله تعالى عليهم) لا يرون هذا شركة واما ما قاله صاحب الجواهر من انه يكون على شركته ويكون العقد تحصيلاً للحاصل فمضافاً الى ان ذلك يرد عليه ايضاً ، فان صاحب الجواهر تفطن لهذا الاشكال وقال بان العقد يوجب اللزوم وقوله باللزوم يكون متفطناً للاشكالات الواردة عليه ولذلك قال باللزوم لان الشركة لا يكون لعقدها اثرٌ الا بكون العقد لازماً .

الفرع السابع : فان عقد الشركة على مبنى المشهور من تعريفه بانه اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد انه في عقد الشركة لا احتياج الى الاختلاط ولم يقم اجماع في البين كما تقدم وعلى تقدير الاحتياج لا يكون بحيث لا يتميز وعلى هذا فان خلط الحنطة من نوعين على تقدير الاختلاط يكفي نعم بناء على ان الشركة الحقيقية عبارة عن انقلاب الوجود للمال بين الشركاء الى الماهية الثالثة غير ما كانا فيه أولاً فان الاشتراك بين الحنطة من احدهما والحنطة من الآخر يستحيل

. . . .

فيه تحقق الشركه الحقيقية بينهما وانما يكون من الشركة الحكمية الغير مترتب عليها آثار الشركه الحقيقية ان كان له عند القائل به آثار وحتى لو كان الاشتراك بين دقيق الحنطة من احدهما ودقيق الحنطة من الآخر لا يتصور الشركة الواقعية ويكون كلها شركة حكمية وكذلك في شركة الاموال والعروض فانه (قده) ان كان يرى اختلاط المالين بحيث لا يتميز بينهما لا بد وان لا يرى الشركة في الدراهم والعروض الاخرى الذي يكون العرف يرى الشركة بينهما كما هو صريح كلامه والعرف والمشهور برمتهم حكموا بالشركة في هذه الامور حيث انه على رأي المشهور كما تقدم انما يكون التداخل بين السلطنتين كما بيناه مفصلاً وحينئذ لا يكون التداخل في المملوك حتى تجيء اشكالات بعض المعاصرين على صاحب الجواهر وتكون الشركة في الامور المتقدمة ولا الى عمومات أوفوا بالعقود للكشف عن صحته فانه بناء على التزاحم بين المادة والهيئة قبل الامتزاج لايراه العرف عقداً حتى يكون مشمولاً لاءفوا بالعقود لانه بناء على ان العرف لا يرى الشركة الا تداخلاً في المملوكين كان المورد من الشبهات المفهومية لاءوفوا بالعقود واذا كان من قبيل الشبهات المفهومية لمجال التمسك بالعام لاثبات انه عقد وكذلك شمول دليل المؤمنون عند شروطهم لا يكاد يشمل هذا المورد لان هذا الامتزاج يكون داخلاً في مفهوم الشركة فلو كان مفهوم الشركه غير معين يكون ايضاً شبهة مفهومية لادلة المؤمنون عند شروطهم مضافاً الى ان الشرط الذي دل عليه الدليل انما يكون عبارة عن ان تكون الشركة هو المال المختلط وحينئذ فالتحقيق ان يقال بان العقد انما يقع على المادة فيكون العقد مطلقاً والهيئة مطلقة ولكن تقع هذه النسبة المطلقة تقع على المادة المختلطة كما هو مفروض كلام الجواهر كما قلنا بان ذلك يكون نظير الواجب المعلق باصطلاح الفصول ولهذا

. . . .

يترتب عليه ثمرات :

الاولى : ان ذلك يوجب التمسك باوفوا بالعقود من وجوب الوفاء بالشرط من حيث تعلق الاناطة بالمقصود والاختلاط فيجب الوفاء بالاختلاط من باب المقدمة لتحقق العقد لوجوب الوفاء باصل عقد الشركة ولا تحتاج الى عموم المؤمنون عند شروطهم .

الثانية : انه على هذا يجوز التمسك بعموم اوفوا بالعقود على وجوب الوفاء بالشروط الضمنية الغير مبرزة كما يقوله البعض وذلك لان الشروط الغير مبرزة صريحاً في ضمن العقد اما بدعوى انصرافه الى الشروط المبرزة ولا اقل من التشكيك في شموله لغير الشروط الغير مبرزة في ضمن العقد حيث انه بناء على ذلك يسقط المؤمنون عند شروطهم عن الاستدلال به لوجوب الوفاء وحينئذ فعلى فرض تعلق الاناطة بنفس الشركة بحيث كانت الشركة عبارة الاختلاط يكون عموم وجوب الوفاء دالاً على الوفاء به .

ولكن هذا بناء على ان يكون اوفوا بالعقود شاملاً للشركة واما اذا قلنا بان على رأي المشهور والذي تبعه الماتن من ان تكون الشركة عقداً جائزاً فلا مجال لشمول أوفوا بالعقود له لاستحالته كما تقدم في المضاربة وذلك انه قد حققا في البيع وذلك لان التمسك باوفوا بالعقود في العقود الجائزة محال يتوهم عموم الوفاء بالعقود بتقريب انه يجب الوفاء به ما دام موجوداً من دون فرق في ذلك في العقود الجائزة أو العقود الازمة .

وانما الفرق بينهما في عدم امكان اعدام الموضوع فاللازمة دون الجائزة كما صار اليه صاحب الجواهر وتبعه الماتن وذلك لا ينافي وجوب الوفاء به ما دام موجوداً .

....

وهو بعيد عن الصواب لان ذلك مبني على كون الفسخ العقود اعداماً لها حقيقة.

فرع:

كون العقد من الامور الاعتبارية حدوثاً وبقاء الباقية حقيقة.

ولقد حققنا في بحث الخيار خلافه وانها من الامور الحقيقية الباقية اعتباراً وحينئذ فوجوب وفائه متعلق بحدوثه وان الفسخ رافع له اعتبار أو تنزيلاً ومرجعه الى حكومة دليل الفسخ على وجوب الوفاء الذي هو للتخصيص وحينئذ يستحيل وجوب الوفاء به بالعقود الجائزة مطلقاً.

وان كان تحقيق ذلك في بحث الخيارات الا انه لما كان البحث في الخيارات في كيفية العقد وان الخيار يرد على أي نحو من العقد فان العقد عبارة عن انشاء النسبة الذي هو أمر اعتباري حرفي ولكن هذه النسبة بعد وقوعها تكون من الامور الواقعية وحيث ان انشاء هذه النسبة امرٌ آني الحصول يوجد وينعدم لارتباطه باللحاظ فالعقلاء يعتبرون هذه الامور الانية باقية الى الابد ويكون الفسخ الوارد عليها من حين الفسخ وعلى هذا فتحقيق ذلك ان الكلام في ان الاصل هل يقتضي الجواز في العقود أو ان الاصل يقتضي اللزوم فان النزاع كله ناشىء في هذه الموارد وهو ان الخيار اسم مصدر من الاختيار ومعناه الاختيار أي الشيء الحاصل من الاختيار وتطبيق هذا المعنى على المراد في المقام ناشىء من مبنيين الاول ان الاحكام الوضعية منتزعة من الاحكام التكليفية واخرى بانها مجعولة بجعل مستقل.

فعلى مبنى الشيخ من انتزاعية الاحكام الوضعية من الاحكام التكليفية ينطبق على الخيار الذي هو نتيجه الاختيار اذأن المجعول الشرعي هو سلطنة ذو

. . . .

الخيار على الفسخ فمن جعل سلطنته على الفسخ ينتزع الحق الخياري فالخيار، امر حاصل من جعل سلطنته على الفسخ واما على مبنى المحقق الخراساني من ان الامور الوضعية مجعولة بجعل مستقل يكون المجعول هو الخيار فيستفاد منه سلطنة ذو الخيار على العقد من فسخه وعدمه.

وعليه فعلى مبنى الشيخ من ان المجعول هو السلطنة على فسخ العقد حيث ينتزع منه الخيار فسلطنة المكلف على فسخ العقد وعدمه يكون الزاماً للعقد من دون احتياجه لشيء آخر اذ الشيخ القائل بان المجعول أولاً وبالذات هو الحكم ويكون الوضع منتزعاً منه يحكم بان المجعول أولاً وبالذات هو التكليف أي السلطنة ومنه ينتزع السلطنة على الفسخ فعلى مبنى الشيخ من ان السلطنة على الفسخ منتزعة من الاحكام التكليفية ينطبق على ان الخيار هو الاختيار الذي هو السلطنة على الفسخ ويكون المجعول الشرعي هو الحكم ومنه ينتزع سلطنة ذو الخيار على ذلك ولا اشكال ان الشيخ لا بد وان لا يرى امكان اسقاط الخيار لانه حكم تكليفي وما يكون مورداً للحكم التكليفي لا يمكن اسقاطه اذ من المعلوم ان الحكم ما يكون امر رفعه ووضعه بيد الشارع واذا كان الحكم الوضعي منتزعاً من الحكم التكليفي لا يمكن التصرف فيه بالاسقاط وسيأتي التعرض له والاستنصار للشيخ (رحمة الله تعالى عليه).

واما على مبنى المحقق الخراساني من ان الامور الوضعية مجعولة بجعل مستقل يكون المجعول بجعل مستقل والمجعول هو الخيار السلطنة على الفسخ فيستفاد منه سلطنة ذو الخيار على العقد من فسخه وعدمه.

ومعناه ان المشهور يجعل فسخ العقد وابرامه بحيث يحتاج كلاهما من السلطنة على الحل والالزام وعليه فان ذو الخيار له حل العقد والزامه بحيث

....

يحتاج كلاهما الى المضي أو الفسخ فلا يكون للمكلف سلطنة على الفسخ وهو امكان اسقاط الخيار وهو نفي الموضوع وحله ومع اعمال الخيار يحصل الحل.

وعليه فان الخيار اذا كان عبارة عن السلطنة على ابرام العقد وحله لما كان قابلاً للاسقاط ولا التوريث ولا الانتقال فان الخيار نحو حق لذي الخيار على ابرام العقد وحله لان له السلطنة على ابرام العقد وحله كما قال به الشيخ الاعظم الانصاري وقال بان سلطنته على الحل تقتضي سلطنته على ابرامه وهو اسقاط الخيار اذ ان الاسقاط انما هو شيء آخر يغاير الابرام بل يكون اسقاط حق ونفي الموضوع والابرام يكون هو اعمال الحق لا نفيه وعليه فالخيار عن ذلك المعنى كما يظهر من الروايات في مرحلة الاثبات فان قوله (عليه السلام) ذلك رضا منه أي رضا بالعقد.

ولا اشكال ان هناك نزاعا بين ان يكون الخيار متعلق بالعقد او انه متعلق بالعين فان العقود الجائزة كالهبة والمضاربة والوديعة والعارية والوكالة وغير ذلك من العقود الجائزة يكون الواهب والمودع والمعير وغير ذلك سلطاناً على رد العين بان العين التي وهبها يمكن له ردها او انه كالخيار في كونه متعلقاً بالعقد بان للواهب سلطنة على الفسخ وكذلك الرجوع في المعاطات فان الظاهر من الروايات الواردة في المقام في كونها احكاماً متعلقة بالمال بحيث يكون لاحد المتعاقدين ارجاع العين الى نفسه وبالرجوع بالعين ينفسخ العقد واما حق العمة والخالة في اجازة العقد على بنت الاخ والاخت فانها نحو سلطنة لهما على الاجازة والرد في الفضولي منه بحيث لولا اجازتهما لا يكون العقد صحيحاً لانه لهما حق فيمكن ان يفسخا العقد الواقع عليه وهذا بخلاف الخيار فانه حق متعلق بالعقد بحيث يكون لذي الخيار فسخ العقد من حينه وحيث انجرَ الكلام الى هذا المقام فلا بد من

. . . .

تعريف العقد، فنقول:ـ.

الاول : ان يكون العقد نحو معاهدة بين العقلاء بحيث يكون حدوثياً غير قابل للرجوع عند العقلاء فاذا وقعت عندهم المعاهدة لا يرى العقلاء لهم الرجوع عن ذلك فيه .

الثاني : ان يكون هو ايجاد المتعاقدين للربط بين الايجاب والقبول بحيث يكون معاوضة تكوينية بسبب الايجاب والقبول ويكون هذا الربط الحاصل بين الايجاب والقبول الذي يكون امراً تكوينياً بسبب الربط الحاصل بينهما ويكون امراً واقعياً يبقى تكويناً وبقائه ايضاً تكويناً كما ان حدوثه ايضاً يكون تكويناً .

الثالث : ان يكون العقد أمراً اعتبارياً يعتبرونه العقلاء حدوثاً وبقاءً بخلاف الاولين لم يعتبر لا حدوثه ولا بقائه وعلى هذا فان المشهور قالوا من ان الخيار هو فسخ العقد مع ان العقد الذي هو امر تكويني يخرج من الموجب والقابل لابقاء له فيشكل عليهم في اصل البناء ان مضامين العقود لا اشكال ولا خلاف في انها اعتبارية يعني ان البيع اعتبره العقلاء والعرف وأمضاه الشارع واما نفس العقد فانه امر تكويني يوجد وينعدم آناً ما وانما البقاء لمضمونه يكون اعتباراً وعليه فان العقد أمر تكويني سواء قلنا بانه هو ايجاب وقبول أو قلنا بان العقد عبارة عن الربط بين الايجاب والقبول فما قاله المشهور من فسخ العقد من حينه لا يصح مع القول بان العقد امر تكويني يوجد وينعدم وانما البقاء لمضمونه فلجؤوا الى تصورات في الخيار وفسخه للعقد من حينه كما يلي:

التصور الاول : ان العقد ليس هو نفس المعاهدة من الطرفين ولا ربط له بين الايجاب والقبول حتى يلزم الاشكال بل العقد اعتباري يعتبره العرف والعقلاء في صورة وقوع المعاهدة التكوينية حدوثاً وبقاءً فيكون العقد باقياً بحيث يكون العقد

. . . .

هو الامر الحاصل من الايجاب والقبول فيكون العقد باقياً ويرد عليه الفسخ من حينه .

الثاني : ان العقد امر تكويني وهو عبارة عن الربط الحاصل بين الايجاب والقبول ويكون العقد تكوينياً كما مر ذكره .

الثالث : ان يكون العقد امراً تكوينياً غير قابل للرجوع اصلاً عند العقلاء وعلى هذا فهذا التوجيه لا يلائم قول المشهور من ان الفسخ انما يرد على العقد من حين الفسخ فحينئذ قالوا بان الفسخ وان كان يرد على العقد من حين الفسخ ولكن أثر هذا الفسخ هو انه كاشف عن حل العقد سابقاً ولكن أثره من حيث الفسخ مركب من الكشف والنقل من حيث ان أثر النقل فعلاً ومن حيث أثر العقد السابق باعتبار اثره .

والرابع : ان العقد امر تكويني ايضاً ولكن يعتبره العقلاء حين الفسخ عناية بقائه باعتبار اثره ويفسخ العقد من حين الفسخ عناية .

وهذه تصورات ارادوا بها وتصحيح كلام المشهور من ان الفسخ يرد على العقد من حين الفسخ .

ومقتضي الادلة هو ان العقد عبارة عن المعاهدة بين شخصين الذين لم يكن هناك ربط بينهما وهذه المعاهدة المستجدة هل هي عبارة عن الايجاب والقبول وحينئذ الفسخ الوارد على هذه المعاهدة المسمى بالعقد هو ان العقد بمقتضى الادلة تكويني لابقاء له الا ان العقلاء يرون بقاء العقد عناية باعتبار اثره .

ولكن التوجيه الاول والثاني فيرد عليهما انه .

أولاً : ان العقد بمقتضي الادلة هو امر تكويني ذهني كالنسبة بين الفوقية والتحتية لا انه امر اعتبر العقلاء لقضاء حوائجهم واما التوجيه الثاني فانه خلاف

. . . .

ظاهر الادلة حيث ان ظاهر الادلة ان الفسخ لا يكون ملفقاً بين الكشف والنقل وانما هو موجب للفسخ من حينه .

ومن هنا اذا دققت النظر تعرف مدى الاستنصار للشيخ ورده .

فلا بد من تأسيس الاصل حتى يتبين الفرق بين العقود الجائزة واللازمة اكثر ما قلنا في الكتاب الاول من المضاربة انه تارة على القواعد وتارة على الاصول .

اما على الاصول فانه لا بد من بيان ان الاصل في العقود اللزوم أو ان الاصل في العقود غير اللزوم.

الثاني : دعوى الرجحان كما نقله الشيخ فان معنى الرجحان هو ان اغلب الافراد ولو كان على منوال واحد وكان فرداً مشكوكاً فيلحق بالاعم الاغلب والاغلبية في العقود هو اللزوم فافراد المشكوكة فيلحق باللزوم واصل هذا المبنى من المحقق القمي.

ويرد عليه بانه ان اريد من الاغلب الافراد فان اغلب الافراد ينعقد جائزاً ولا أقل من الجواز الحكمي أي الخياري من المجلس فيه وان اريد من الاغلب اغلب الازمان بان أكثر الازمان البيع يكون العقد فيها لازماً فهذا صحيح في حد نفسه الا ان المدعي انما يدعي ذلك لحصول الظن من الحاق المشكوك اليه ولا دليل على حجية هذا الظن على ذلك واما الاصل الآخر الدال على اللزوم العقد هو الاستصحاب وهو ان العقد بعض افراده ينعقد لازماً وبعض افراده ينعقد جائزاً فالفرد المشكوك يستصحب واستصحابه مبني على اللزوم لان اللزوم والجواز ان كان من احكام الملكية فالملكية المشكوكة يستصحب بقائه الملكية الى الابد ولا يفسخ بشيء اصلاً واما اذا قلنا بان العقد الجائز متباين مع العقد اللازم أي الملكية المترشحة من العقد الجائز متباينة مع الملكية المترشحة من الملكية المترشحة من

....

العقد اللازم فعليه في الفرد المشكوك ان هذه الملكية انتفت ان كان جائزاً بالرجوع من دون فسخ وان كان لازماً كانت باقية ان كان لازماً فيكون الاستصحاب الجاري في المقام من الاستصحاب الكلي القسم الثالث من القسم الثالث الذي نقول بجريانه من دون اشكال اذ الشك يكون في ان الملك ان كان قصيراً فقد انتفى وان كان طويلاً فباق فيستصحب بقائه وعلى أي حال يكون الاستصحاب جارياً من دون اشكال هذا من ناحية مقتضي الاصل واما من ناحية الادلة الاجتهادية انه لا اشكال في ان العرف مع قطع النظر عن الشارع بل يكون لهم الجواز في العقود كما يكون لهم عقود لازمة فنرى ان للعرف عقود الازمة ولهم عقوداً جائزة مع قطع النظر عن حكم الشارع فالنسب الايقاعية العرفية يرون هذهِ النسب بايقاعها ثابتة لا تتغير كالنكاح والطلاق والبيع ومثاله بحيث يكون يرون بايقاع هذا النسب تنقطع ايديهم عن المورد الذي أوقعو هذا النسب بالنسبة اليه الا ان الرجوع الى الرجوع محتاجاً الى الفسخ ومن دون الفسخ اذا كانت مقتضياته موجودة يمكن لهم الرجوع والا يكون بانشاء هذه النسبة انقطع علائقهم بهذه المبيع فيكون لهم اللزوم كما في البيع والنكاح والطلاق بانه ليس لهم الرجوع .

وهناك للعرف نسب يوقعونه قطعياً ولكنهم يحكمون بجوازه بحيث لا يكون ايقاع النسبة البتية الموجودة غير موجبة لقطع علائقهم عن الموضوع نهائياً بل يرونه جائزاً بمعنى ان متى ارادوا الرجوع عن ذلك كان لهم مجالاً مثل الوديعة والعارية والوكالة بحيث كان العقد الواقع وقتياً لاجل رفع الاحتياج بذلك فان المودع انما جعل المودع مثل الصندوق فيودعه في الصندوق لاجل اليوم الذي يحتاجه ولا يمنعه مانع .

وللعرف موارد مشكوكه لا يحكم بجوازها أو باللزوها كالشركة مثلاً أو

. . . .

الصلح أو الهبة وغيرها حيث ان العرف لا يحكم بلزومه أو جوازه لانه لا يحكم من هذا النسب ما يكون بتياً ولازماً أو انه جائز وعلى هذا فان وجوب الوفاء بالعقود ان كان امضائياً كما هو المفروض بحيث امضاه الشارع ما في طريقه العرف ولو كان بمقدمات عدم الردع وحكم بالجواز فيما يرونه جائزاً وامضى ما يرونه لازماً فانه في هذا المجال يمكن التمسك باوفوا بالعقود لاثبات اللزوم للافراد المشكوكه والجواز في الافراد المشكوكة اذ ان التمسك به يكون من باب التمسك بالعام في الشبهة للشبهة المصداقية لاثبات الجواز أو اللزوم في العرف للعقود المشكوكة من حيث الجواز أو اللزوم وفي العقود المشكوكة من حيث الجواز أو لزومه اذ التمسك به تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية المخصصه لان اوفوا بالعقود كما قلنا يكون امضاء لما في الطريقة ولا يكون تأسيساً من قبل الشارع وانما يمضي ما اسسه العرف فاذا كان التأسيس العرفي المشكوك فكيف يمكن ان يكون جارياً وحاكماً باللزوم أو الجواز لمورد كان العرف فيه غير حاكم .

واما اذا قلنا بان العرف ليس له نظر في جواز بعض العقود ولزوم في بعض عقود اخرى وموارد مشكوكة وانما يرى ايقاع النسبة الحكمية ويرى الحاظ الايقاعي اي المادة وايقاع المدة يعتبرها واقعاً ولا يكون الا اللزوم اذ العقد حيث كانت عبارة عن الهيئة وهذه الهيئة طارية على المادة والمادة انما تكون في عالم اللحاظ مأخوذة من الخارج بصورته الذهنية المرأت الى الخارج ويكون العرف يرى الخارج دون اللحاظ الموجود في الذهن ومن المعلوم لو لاحظنا العرف الخارج فانما يرى المادة في عالم اللحاظ وان كان من شدة الاندكاك بين المرات مع المرئى يكون هو الصورة المرات الى الخارة ولكن كما قلنا لشدة اندكاك المراء الى المرئي يتخيل خارجيته ولكن لا يكون الا الصورة الزعمي وعلى هذا يكون

. . . .

ايقاع النسبة يرى العرف حيثية وقوعه ويرى هذا الوقوع الذي هو مستفاد من المادة وهو الوقوع فالعرف يراه لازماً فيحكم في كل عقد بالقرار واللزوم في تمام افراد العقود وكان أوفوا بالعقود امضاء لما في الطريقة وعليه فلا بأس بالتمسك بافوا بالعقود لاثبات اللزوم للافراد المشكوكة باطلاقه .

ولكن يمكن التشكيك فيه بانه نرى ان العرف عقود لازمة بانقطاع العلاقة عن الشيء في عالم ايقاع النسبة حتى انه لا يرى لنفسه علاقة بذلك الشيء ويكون العقد عنده بيتي كالبيع وتارة تكون العقود الواردة من العقلاء لا يرونه بيتيا بل يكون وقتياً للارادة ايقاع هذه النسبه حسب المصالح المتوخاة منه فعلاً ولا يكون ايقاع النسبة اليه بيتياً بحيث لا رجوع له فيه ولكن يكون رجوعاً فيه بحيث يكون العرف ملاحظ المادة وكونه وقوعياً ولا نظر له بالايقاع الذي أمره ذهني لا ربط له باللحاظ لان العرف لا يرى الامر الذهني وانما يرى حيثية ايقاعه في الخارج فيكون محكوماً بالوقوع في الخارج فيكون لازماً ولكنه معلقاً بعدم وجود الرافع بمعنى ان العقد يلاحظ حيثية وقوعه ويكون لازماً لو لا المانع ويكون ايقاع العقد علة لوقوعه وتكون هذه عله تامة ويكون الخيار رافعاً عنه كالخيار وشبهه مثل خيار العيب والمجلس والشرط وغيره من انواع الخيارات الرافعة للزوم حيث ان خيار العيب يكون رافعاً للزوم وعليه فان كان أوفوا بالعقود امضائياً وكان تمام العقود لازماً عند العرف لولا المانع فالافراد المشكوكة يكون الشك في التخصيص شكا في تخصيص عموم العام فيتمسك بالعام لرفع الشك في التخصيص .

فاذا أوقع العقد ولم يعلم انه عقد جائز أو انه عقد لازم ، وحينئذ قال احد الطرفين الفسخ من دون علة لذلك فيشك ان حكمه بارادة الفسخ ينفسخ العقد أو لابد وان يكون العقد باقياً ولا ينفسخ العقد بهذا الفسخ الذي أوجده من دون

. . . .

موجب للفسخ فيرجع بعموم أوفوا بالعقود من دون موجب لذلك من المجلس والعيب والشرط وغير ذلك من الموجبات كما قلنا انفاً ، ان الامور التكوينية عند العرف اذ اوجدت تكون باقيةً لولا المانع الخارجي فاذا وضع شيء في مكان خارجي خاص فانه يبقى لولا الرافع والامور الاعتبارية هل هي كالامور التكوينية بحيث يعتبره العرف في حدوث شيء اعتباري بقائه دوماً لولا الرافع فان العقد انما هو أمر أعتباري فاذا وجد فهل يعتبر العقلاء بقاء مضمونه أو نفس العقد باقياً الى الابد لولا الرافع فهذا تشترك فيه العقود .

وتوضيح ذلك ان الانشاء الوارد من الموجب تارة يريد بهذا الايجاب رفع حاجته فعلاً ، ولكن لا يريد بقائه الى الابد بل من جهة الحاجة الماسة القضاء أمره الفعلي الذي طرء الاحتياج به ويريد عقد احدى العقود ولكن هذا العقد لا يريد ان يكون باقياً الى ابتلاء الورثة وانما يريد ان ينفع نفسه به واما ابدية ذلك فلا يكون له نظر بذلك ، وانما يريد الانتفاع منه مؤفتاً فيكون ايقاع النسبة قصيراً ملازماً للانتفاع به مؤقتاً ولا يكون الانتفاع منه الى الابد ، فهذا كما قلنا في بحث المضاربة تكون الارادة على الانشاء به ملازماً للجواز بحيث يكون العقد الواقع من الموجب ملازماً للجواز فمتى اراد الانشاء به لقضاء حاجته ، ومتى اراد الرجوع به حيث رفع الاحتياج به وهذا يصدق في مثل الوكالة والوديعة والعارية وحتى الوديعة لان في مثل ذلك يكون الداعي على انشائه هو الاحتياج الى ذلك وبعد رفع الاحتياج يكون الموكل موجوداً لا يحتاج الى من ينوب منابه فيفسخ الوكالة ، وعند ورد الوديعة ورد العارية يرتفع هذا الاحتياج ، فتكون هذه العقود جائزة شرعاً ، لكون الانسان المدني بالطبع ان يلحظ هذه الانشاءات موقتاً لرفع الاحتياج بذلك وتأئسيس الحكم الى الابد بحيث يكون ارادته على انشاء العقد لا إن ينقطع

. . . .

العروض عنه نهائياً ففي هذه المرحلة ولو كان الداعي على ذلك الاحتياج الا ان انشائه يكون مطلقاً غير موقت لتمشية اموره الوقتية ، بحيث اذا مضت الحاجة الى ذلك يرجع الى انهدامه لقضاء حاجته ، فيكون الانشاء الكلي للمادة الكلية فيكون ذلك لاستيعاب المادة للهيئة الكلية ويكون ذلك مورد اللزوم كما في الانشاءات اللازمة بحيث يكون المقصود من العرف والعقلاء لانشاء العقود اللازمة فلا يكون الإنشاء من الموجب موقتاً بوقت خاص بل يكون العقد كلياً لمواد كلية ينقطع عنه الاستمرار في هذه المواد ، وهناك أمر ثالث وهو ان المالك أو الموجب يكون لشدة الاحتياج الى الامر الذي دعاه الى الانشاء للانتفاع منه وقتياً ، ولكن يكون الانشاء منه ابدياً لا يكون ذلك مختصاً بوقت دون وقت ، وذلك لا يكون العلقة المادية منقطعاً عن نفسه ابداً ، ولكن كان الانشاء منه على الطبيعة مثال ذلك العقود الاذنية الجائزة كالمضاربة والوديعة والعارية ، فان العقد يكون جائزاً متى ما اراد المالك فسخه ويكون بسحب المال عن الودعي أو عن العامل في المضاربة أو فسخ العارية بسحبه عن المعري له فينفسخ العقد بهذا السحب ولكن لو مات المالك فلا اشكال في ان طرف المالك انما يكون الوارث والعامل الودعي أو العارية أو العمال يكون الطرف لذلك الوارث أو انه يكون موت المالك يوجب انفساخ العقد ويكون للوارثة بموت مورثهم تكون الاموال المعطى مضاربة راجعاً الى ملكهم ويكون العامل المضارب لابد وان يعقد للمضاربة عقد جديد وفي هذا المجال يكون اختلاف الفقهاء فان الاصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) قالوا بان المالك انما يريد الانتفاع لنفسه ولا يكون حين الانشاء ملاحظ للوارث فحينئذ يكون العقد منقطعاً بموته ، لان عقيب موته غير ملحوظ حتى يكون اطلاق العقد شاملاً له .

. . . .

وقد اجبنا عنه في مورده بان العقود الاذنية الجائزة تكون دائرة مدار اللحاظ والعاقد لا يلاحظ امتداد العقد الذي يريد انشائه فانه انما ينشىء الطبيعة وتكون هذه المادة الكلية واردة على الهيئة الكلية ولا يكون مختصاً بزمان دون زمان ، ونتيجة ذلك ان المالك لا يرى الانتفاع من هذه المضاربة لنفسه دون وارثه وانما ينشىء الطبيعة الكلية على المادة بطبيعته وعلى هذا يكون الاءطلاق حاكماً بان المالك انما ينشىء هذا الايقاع على هذه المادة ونتيجة ذلك ، ان ذلك لا يوجب انحصاره بنفس الموجب حتى لا ينتقل هذا العقد الى وارثه بل ينشىء الطبيعة على هذا المال لاي مالك كان هو امكان غيره وانما يريد النفع لما كان في حوزته سواء كان هو المالك أو كان غيره ، وعلى هذا فلا تكون العقود الاذنية التي يكون انعقادها بالاذن يكون المأذون هو الطبيعة والمالك هو الطبيعة والعامل هو الطبيعة ونتيجة ذلك ان المادة موجودة في أي هيئة كانت وبهذا قلنا بان الموت لا يغير المعاملات الموجودة في تصرف أي واحد كان ، فاذا مات المالك ينتقل المال الى وارثه ويكون الوارث قائماً مقام المالك والعامل ان مات كان وارثه قائماً مقامه وذلك لان العرف يرى ايقاعه وبعد ايقاعه ينتقل الى وقوعه والوقوع يكون ابدياً لانه يرى وقوعه على الارض فيحتاج زواله الى مزيل ولا يكون زواله بتغيير الطرفين لان ايقاع هذه النسبة بعد وقوعه يكون من النسبة والارتباطات الواقعية وهذه الارتباطات تكون واقعيةً بعد اعتباره فانه كان امراً اعتبارياً الا انه بعد اعتباره يكون امراً واقعياً ويبقى الى الابد بعد هذا الاعتبار وبهذا قلنا بان الموت لا يكون موجباً لبطلان العقد ، وكذلك في المقام يكون نفس ايقاع العقد فان العقد تكويني يوجد وينعدم ، الا ان هذا العقد عند العرف يكون سبباً لوجود مضمونه الذي هو الوقوع باقياً الى الاءبد لولا الرافع فهذا شيء تشترك فيها العقود باجمعها ، اذ

....

العرف والعقلاء يعتبرون مضمون اي الحيثية الوقوعية ولا يضره طرو الموانع والروافع حيث ان هذا الامر الاعتباري يكون باقياً ولو طرئت عليه الروافع .

فان الامور التكوينية اذا وحدت تكون باقيةً لولا المانع الخارجي فاذا وضع شيء في مكان خاص فانه يبقى في مكانه الذي وضع فيه لولا الرافع الخارجي .

وهل الامور الاعتبارية كذلك كالامور التكوينية بحيث يعتبرو العرف في حدوث شيء اعتباري بقائه لولا الرافع ، فان العقد هو امر اعتباري فاذا وجد العقلاء بقاء مضمونه أو نفس العقد باقياً الى الابد لولا الرافع فهذا شيء تشترك فيها العقود باجمعها او انه يعتبرونه العقلاء باقياً لا يضره طرو الروافع والموانع بحيث اذا وجد الامر الاعتباري يكون باقياً ولو طرأ عليه رافع والتحقيق كون الامر الاعتباري كالامر التكويني لا ازيد منه اذ ان الامر التكويني كان باقياً لولا الروافع الواردة عليه فغاية ما يثبته الامر الاعتباري بعد ان كانت أوصاف الامور التكوينية وهو البقاء لولا الرافع لا البقاء مع الرافع ، وعليه فلما كان المستفاد من العرف هو بقاء الامر الاعتباري لولا الرافع فهل أوفوا بالعقود ايضاً يثبت ما اثبته العرف وبنائهم بحيث يحكم ببقاءه ما دام عدم الرافع ، حتى تكون تمام العقود جائزة تنحل بمانع خارجي .

أو ان أوفوا بالعقود يثبت استحكاماً للعقد فوق ما يثبته العقلاء وبناء العرف على ذلك بحيث ان أوفوا بالعقود يحكم استحكاماً للعقود نوع استحكام يجب الوفاء بمضمونه أو بنفس العقد الى الابد وحيث ان مضمونه هو الملكية الابدية فوجوب الوفاء به ايضاً ابدي وينحل وجوب الوفاء به الى كل بمضمون العقد أو نفس العقد .

فان الظاهر من الآية الكريمة كون وجوب الوفاء به غير ما يثبته بناء العرف

. . . .

والعقلاء وانه أمر مستحكمٌ لا يقبل أي مانع يرد عليه فمضمون العقد أو نفس العقد يبقى الى الابد وعليه فالخيار الوارد عليه رافع خارجي يثبته الشارع ويخصص به أوفوا بالعقود وعليه فالموارد المشكوكة من حيث انفساخ العقد وعدمه يمكن التمسك باوفو بالعقود لاثبات مضمون بعقده بعد وعدم انفساخه كما اذا قال فسخت ولم يعلم انه اراد فسخ العقد ام لافيتمسك بالعموم لاءثبات عدم انفساخ العقد وانه باقي ، فلا يكون التمسك به تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية وعليه فالخيار أمر خارجي لتخصيص العموم.

وعليه فيشكل بان العموم يقتضي الوفاء بكل عقد هبة كان أو وديعة أو صلحاً أو بيعاً أو معاطاةً.

وان اريد تخصيص العموم عن العقود الجائزة يلزم تخصيص استهجان التخصيص الاكثر حيث ان أكثر العقود يكون حق الخيار موجوداً فيها وان العموم قد خصص بادلة الخيار.

والتحقق ان الفرق واضح بين الاخذ بالعقد واعمال الفسخ في الرتبة المتأخرة فان ذلك عمل بالعموم وتخصيصه بالخاص فهذا يباين الحكم بالجواز بل يكون حكماً باللزوم ، اذ الحكم بالجواز معناه ان العقد لا يوجب أثراً في الاستيلاء على الشيء المعقود له حتى يكون الكلام في فسخه وعدم فسخه أو ان العقود يكون جائز أو لازمة الوفاء ، فان ادلة أوفو بالعقود انما يرى العقد واجب الوفاء وهذا الوجوب يكون تخصيص الاكثر الوارد عليه ، معناه ان لا يكون واجب الوفاء فاذا ورد عليه مثل هذا التخصيص فلا بد وان يلاحظ أن التخصيص الوارد عليه يكون من موارد التخصيص المستهجن أو يكون الوارد عليه اعتيادياً وعلى هذا يكون التخصيص الاكثر هو الموارد التي تخصص العموم بعدم وجوب الوفاء به

. . . .

فان التخصيص الاكثر هو تخصيص العموم بالموارد الناظرة اليه العام فاذا كان كذلك يلزم التخصيص الاكثر ولا يكون عموم أوفوا بالعقود غير واجد لمثل هذا التخصيص ، وذلك التخصيص ينحصر في موارد يحكم بعدم وجوب الوفاء بالعام نهائياً فذلك التخصيص الاكثر الذي يعارض العام بذلك ظهورياً واما التخصيص بالخيار فان ذلك معناه العمل بالعام ولا محيص من العمل بالعموم حتى يكون مجالاً لادلة الخيار من الورود عليه ففرق بين أدلة ورود الفسخ على العام لانه يكون معناه العمل بالعام وموارد الذي يحكم بجواز العقد فانه يكون تخصيصاً للعام ويرى ان التخصيص مستهجن ام لا ومن المعروف ان موارد الخيار لا يكون التخصيص العام له مستهجن اصلاً .

واما العقود الجائزة فلا يمكن ان تكون تحت العموم حتى يلاحظ ان تخصيص العام بها يكون من قبيل التخصيص المستهجن ، وذلك لان العقود الجائزة حيث كانت عبارة عن جواز العقد فان حق الرجوع في العقود الجائزة انما هو جواز الرجوع وقد سبق ان وجوب الوفاء في العقود اللازمة يكون أوفوا بالعقود شاملاً له ويكون دليل الخيار الى تخصيص العموم بذلك ، واما اذا كان العقد عرفاً لا يكون لانقطاع العلقة منه عرفاً وانما يكون مشروعاً عند العرف ويرون ايقاع النسبة له كما قلنا انفاً ، كالوديعة حيث ان الوديعة يعتبرها العقلاء للمستودع صندوقاً يرون عند عدم الشغل بالمال يستودعونه في الصندوق بحيث يتصرفون به عند الاعواز ويكون ذلك منهم بحيث كلما كانت لديهم حاجة يقبضون من الصندوق أو البنوك ، وكذلك الوكالة فان رجل الاعمال حيث كان حوائجه كثيرة فمعاونة لنفسه يتخذ وكيلاً يستنيب عنه في الاشغال الموجودة له وهذه الحيثية تكون لصرف الاحتياج واذا قضى منه الاحتياج لا تكون هذا العقد لازماً غير ممكن

. . . .

الفسخ لعدم لزوم وجوده مع وجود الموكل وهكذا في العارية فهذه العقود يراها العرف جائزه وبعد جوازها لا تكون مشمولة لاءوفوا بالعقود حتى يكون تخصيصاً لعموم أوفوا بالعقود لان كما قلنا سابقاً ان العقود العرفية بعد ان كانت عرفية يكون العموم ممضياً لما في الطريقة العرفية وحيث كانت العقود الجائزة يرى العرف جوازه ويكون خارجاً من عموم أوفوا بالعقود تخصصاً ويستحيل شمول أوفوا بالعقود له وبعد ان كان عموم أوفوا بالعقود خارجاً عن العقود الجائزة تخصصاً فلا يكون ناصراً اليه حتى يكون لكثرة التخصيص لخروج مورده عن العموم بالتخصص وعلى هذا فلا يكون العموم شاملاً لاءوفوا بالعقود حتى يلزم التخصيص المستهجن فلا يشمله حتى يكون النزاع في استهجانه وعدم استهجانه فاذا عرفت ذلك فلا مجال لكلام الماتن من القول بالتمسك بعموم أوفوا بالعقود بعد ان كان يرى كون عقد الشركه جائزاً كما صار اليه المشهور نعم بناء على مبنانا يكون عقد الشركه لازماً على النزاع الذى سيجيء عند قول الماتن .

واما تمسك الماتن بقوله المؤمنون عند شروطهم فنقول فان المعنى اللغوي في الشرط كما قاله في القاموس هو التزام في ضمن البيع واما الشرط الذي ذكره النحويون له نحو بيِّن مثل غيره ومن غيره ويكون جامعاً والقدر الجامع من الشرط هو جعل الربط بين الشيئين باضافة وتارة يكون دائمياً وتارة يكون تكوينياً وتارة يكون اعتبارياً والتكويني مثل شرط آخر الشيء هو اليبوسه واما اذا كان رطباً فلا يحترق ولكن يكون اطلاق الشرط على المشروط لانه لا بد وان يكون المشروط واجد له ، هذا في الامور التكوينية .

واما للامور الاعتبارية مثل ايجاد الربط بين الشيئين بالانشاء هو اللفظ بحيث كان اللفظ حاكياً عن ماهية الشيء وفي الرتبة المتأخرة عن الانشاء يقصد ايجاد

....

الشيء في الخارج ويكون ربط بين الشيئين خارجاً موجود وليس حاكياً عن البناء القلبي لان في القلب لا يكون وجود خارجي لانه ليس للقلب وجود خارجي بل يكون وجود ذهني والوجود الذهني يكون قبل الوجود الخارجي وهو الماهية وكان اللفظ حاكياً عن الماهية وبسبب اللفظ يقصد ايجاد الربط بين الشيئين في الخارج بما هو خارج ، لا في الذهن وهذا الربط موجود الى الاءبد ويكون من الموارد الحقيقية الباقية الى الابد عرفاً اذا لم يكن عن هذا الربط في العالم الخارج ومراد النحويين ان لفظ الشرط بحيث كان حاكياً عن المعنى الشرطي وهو الاضافة كالزوجية بين الشيئين دائماً أو كالزوجية بين الشخصين دائماً مثل ان جاءكَ زيدٌ فاكرمهُ بحيث كان اكرام زيد مشروط بمجيئه وكذلك المعنى اللغوي وفرق بين الشرط التكويني بانه يطلق على المشروط هو الشرط عرفاً ولكن في الشرط الاعتباري يطلق على الشرط الشرط وعلى المشروط المشروط .

فاذا لم يذكر الشرط في ضمن العقد بل أوقع العقد مبنياً عليه ومبنياً على الشرط فهذا الشرط المقصود اما ان يكون مقيد للالتزام بحيث وقع العقد والتزام البيع مثلاً في ظرف هذا الشرط واذا لم يكن الشرط موجوداً لم يكن الالتزام فالبيع مثلاً واجب المشروط بحيث يكون البيع وجوده دائراً مدار الشرط .

وتارة يكون الشرط للملتزم به بحيث كان التزام البيع مطلقاً على مبادلة خاصة وهو البيع أو ان ايقاع الشركة كان مطلقاً وهو مبادلة السلطنتين بين الشركاء ولكن هذه الشركة المطلقة تكون مشروطاً في المادة بشرط بين الشريكين بمعنى ان يكون مالها مختلطاً في هذه الشركة .

فان كان الشرط الموجود هو الاول فلا يشمله أوفو بالعقود لان أوفوا بالعقود انما تشمل نفس العقد ولا تشمل ظرفه وشمول أوفوا بالعقد متوقف على وجود

. . . .

الشرط فلا تشمله أوفوا بالعقود كما قلنا ولا يشمله (المؤمنون عند شروطهم) لان (المؤمنون عند شروطهم) انما يشمل الشروط الانشائية باللفظ ولا يشمل الشروط الغير ملفوظة في الواقع في هذا العقد.

وكذلك لا يكاد يشمله دليل أوفوا بالعقد لهذا الشرط الذي لم يذكره وكان أوفوا بالعقود انما يشمل الشرط اذ كان اخذ في العقد واما ظرفه فلا يكون شاملاً له.

وان كان المراد هو الثاني ان كان العقد يشمل تمام القيود في الشركه من الطرفين والمال المشترك وكيفية الشركة فكان أوفوا بالعقود شاملاً له لان الشرط انما يكون مورداً لهذا القيد ويكون أوفوا بالعقود شاملاً لهذا العقد كلية ومنها الشروط المأخوذه فيه ولا يحتاج الى عموم المؤمنون عند شروطهم لاجل عدم ذكر الشرط ولكن اذا لم يكن أوفوا بالعقود شاملاً لهذا الشرط الغير مأخوذ في العقد من دون ذكر فعلية له يكون أوفوا بالعقود غير شامل له فلا يشمله أوفوا بالعقود قطعاً.

والتحقيق بان الشروط في العقود اللازمة يطلق عليه العقد واما الشروط الابتدائية هل يطلق عليه الشرط ام لا؟ فقال صاحب القاموس بان الشرط عبارة عن الالتزام في العقد اللازم فعليه الشروط الابتدائية خارجة عن تحت الشرط موضوعاً.

واما اذا كانت الشروط الابتدائية يطلق عليها الشرط كما ذكره الشيخ الاعظم الانصاري (مثل شرط الله قبل شرطكم) الوارد في الشروط وغير ذلك من الاخبار المروية في المكاسب فاذا كانت الشروط الابتدائية يطلق عليها الشرط ولكن بالاجماع تُخرج الشروط الابتدائية بدون وقوعها في ضمن العقد من العقود من

....

وجوب الوفاء به فان كان هذا التخصيص فهو تخصيص عنواني بحيث عنوان شروط الابتدائية خارج فغير الشروط الابتدائية يكون لازماً وداخلة في المؤمنون عند شرطهم .

وفي كل فرد يشك في انه خرج عن تحت العموم ام لا يتمسك بالعموم لعدم خروجه .

واما اذا كان التخصيص انفرادياً فان التخصيص الافرادي يوجب تخصيص الاكثر ولازمه ان يكون العام مجملاً ولا يشمل الا القدر المتيقن وهو المورد الذي يكون الشرط فيه مذكوراً صريحاً في العقد واما غيره فلا يكون مشمولاً للمؤمنون عند شروطهم .

وعلى هذا فان شرطية الاختلاط لما كانت غير مذكورة في عقد الشركة فيكون عقد الشركة لا يمكن التمسك بالمؤمنون عند شروطهم لنفي الاختلاط بل لو قلنا بما ذهب اليه صاحب الجواهر من ان الشركة انما ينعقد بشرطية التعقب بالاختلاط فهذا الاختلاط دخيل في حقيقته وغير مذكور في عقد الشركة لفظاً فلا محيص من ان يدخل في ما ذكرنا فلا بد من الاخذ بالقدر المتيقن وهو المورد الذي يكون الشرط مذكوراً صريحاً في متن العقد فكيف اراد الماتن التمسك به .

ويمكن ان يقال ان على مبني الماتن لما كان عقد الشركة جائزاً غير لازم فلو اشترط العقد مبنياً على الاختلاط كان أوفوا بالعقود شاملاً له لان النزاع بيننا وبين صاحب الجواهر اذا كان العقد مبنياً على الاختلاط بحيث عند عدم الاختلاط لا يكون مفهوم العقد العرفي في المقام وعلى هذا فان أوفوا بالعقود يكون شاملاً له لانه على رأي صاحب الجواهر تكون الشركة من العقود اللازمة ويكون الاختلاط داخلاً في مفهومه فلا اشكال في جريان أوفوا بالعقود له واشكالنا على الماتن

. . . .

ومصير بعض المعاصرين في ذلك .

واما المورد فقد عرفت الامر فيه واما الشروط الغير ملفوظة في ضمن العقد فقلنا بان ذلك لا بد وان يحتاج الى الانشاء واما الشروط الضمنية الغير ملفوظة فلنا طريقين في لزومها .

وكلاهما يرجع الى العقد .

الاول : ما تقدم منافي ذلك وهو ان العقد يكون مطلقاً ويقول أحد المتعاملين بعد العقد أو قبل العقد ان هذه المعاملة انما رضيت بها على الشرط الفلاني بحيث يكون العقد ايقاعه على الاطلاق ولكن احد المتعاملين انما يذكر شرطاً بدون الانشاء ويكون شرطاً ابتدائياً كما صار اليه الشيخ ولكن الارادة الصادرة من كل من المتعاملين ملازماً للبناء الذي بنى عليه وعلى هذا فان الارادة من كل واحد من المتعاملين لا يكون الا في مورد الشرط وحينئذ يكون عند عدم وجود هذا الشرط غير متعامل بهذه المعاملة وتكون المعاملة باطلة عند عدم وجود هذا الشرط حيث ان المتعاملين يكونان أمينين في هذه المعاملة فاذا كان مورد النهي في احد المتعاملين وكان خارجاً عن وجود العقد يكون العمل المنهي عنه موجباً لعدم رضاية العامل الآخر ويكون العمل فضولياً بل يوجب بطلان المعاملة في العقود الجائزة وهذا معنى عدم رضايته بهذه المعاملة وكذلك اذا كان امراً بذلك من دون ان يكون نهي له على ذلك فان الامر بالشيء لما لم يكن مقتضياً للنهي عن ضده يكون العاصي للاءمر ضامناً للعمل ويخرج عن كونه أميناً فهذه فتوى المشهور في العقود الجائزة برمتهم وكذلك في مورد عصيان النهي يخرج الامين عن امانته ويكون ضامناً للمال لما بيده من المنافع هذا من هذه الناحية .

واما العقود اللازمة فان المتعاملين في العقود اللازمة لو كان رأي احدهما

....

بشيء ولم يتفق من هذه المعاملة ما كان الداعي له في هذه المعاملة وان تخلف الداعي وان كان غير موجب لخيار الشرط لان الشرط لم يذكره في متن العقد بانشائه وصريح الفقهاء هو ان تخلف الداعي ليس بعزيز ـ فلا يكون موجباً للخيار ولكن قد قلنا بان الضرر الوارد على احد المتعاملين لا ينحصر ان يكون ضرراً مالياً وانما الضرر الاعتباري والعنواني يكون ضرراً تجري فيه قاعدة الضرر ومنها كون احد المتعاملين غير واجد لما يريده من هذه المعاملة ونتيجته ان الارادة التي دعته الى هذا العمل تجعله غير مسيطر على ارادته ويستلزم له الضرر الناشيء من هذه المعاملة صرراً من جهة ان هذه المعاملة ارادة لان يصل الى ما اراد ولم يتمكن من ذلك فيكون ضرراً اعتبارياً من جهة عدم وصوله الى ما اراد فيكون داخلاً في خيار الغبن ويكون له خيار الغبن ولا يكون له خيار تخلف الشرط.

الثاني: يمكن ان يقال ان المتعاملين سواءً كان عقدهما جائزاً او لازماً أو جارياً وكان الغرض من هذا العقد الوصول الى هدف من دون اشتراط لفظي في البين فان الارادة الى هذا العقد كانت باعتبار ذلك الهدف ولم يصلا الى ذلك فان العقد بعد اليقين بعدم وجود هذه الهدف الذي كانا أوقعا العقد للعثور عليه ولم يصلا الى ذلك الهدف كان العقد. باطلاً من دون خيار لان الداعي على ايجاد العقد هو الوصول الى الهدف، المتوخى فيكون الايجاب ملازم لذلك الهدف وكذلك القبول كان ملازماً للوصول الى ذلك الهدف ولم يصلا اليه فتكون الارادة من الموجب على نحو الواجب المشروط بشرط غير اختياري بل كان ذلك من باب توطين المقدمات للوصول الى الهدف المعلوم ولم يصلا الى ذلك فتكون الارادة من المتعاملين كما لو لم تكن موجودة أو كان العقد ايقاعه ملازماً لهذا الامر فيكون العقد مرتفعاً من دون خيار فان أوفوا بالعقود يكون جارياً في المقام ولكن أوفوا

. . . .

بالعقود انما يجرى في المورد بما انه أوفوا بالعقود الا ان العقد العرفي يكون اوفوا بالعقود شاملاً له فاذا كان العقد ضيقاً لا يشمل المورد الذي لا يريداه المتعاقدان فدليل أوفوا بالعقود يكون اجنبياً عنه وعلى هذا العقد القصير مورد لشمول أوفوا بالعقد شاملاً له واما العقود الطويلة لا يكون أوفوا بالعقد شاملاً له ويكون قصر العقد موجباً لقصور أوفوا بالعقود وطول العقد موجباً لشموله والمفروض ان هذا العقد قصير ويكون بطلان العقد من جهة نفس العقد لعدم شمول أوفوا بالعقود له وهذه جهة رابعة لا بد من ملاحظتها وشأن قصر الارادة هو قصر الحكم الوارد عليه وهذه الجهة لا تكون من ناحية الامر أو من جهة توجه النهي بل من جهة عدم الارادة على غير هذا العقد الضيق فيكون ذلك يغاير للتقريرات المتقدمة وحيث كان كذلك فلا اشكال ان العقد حقيقة من الحقائق ، وجوده حقيقي وبقائه اعتباري ويكون دليل الفسخ موجباً لتخصيص .

واما العقود الجائزة فيكون خروجها عن عموم أوفوا بالعقود هو التخصيص هذا .

ويكون وجه عدم امكان التمسك بالعمومات ما ذكرناه مفصلاً الوجه الذي صار اليه بعض الاساتذة من ان الملكية انما يشتركان فيه بالامتزاج واما العقد فلا يكون مفاده الا جواز التصرف وهذا ما صار اليه تبعاً لصاحب الجواهر ، ولكن قد عرفت ما فيه وصاحب الجواهر انما يقول بذلك لانه يرى عقد الشركة لازماً وما كان من شأنه اللزوم يكون أوفو بالعقود شاملاً له الا ان يقال بان عقد الشركة يكون جواز التصرف وحقيقة الشركة لا تستقيم الا بالاختلاط فيشك ان عموم أوفوا بالعقود هل الشركة ام لا فان النزاع لا يكون في المفهوم ، فان مفهوم الشركة عبارة عن تداخل الملكيتين نعم النزاع في الشركة انما يكون بتداخل المملوكين لا

لكن الاحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصة مما هو له بحصة مما للآخر ، أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن. هذا ويكفي في الايجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل(١) .

تداخل الملكيتين وفي وتداخل المملكين لا يكاد لايكون العرف حاكماً بالشركة لعدم اعتبار العرف الملكيةَ المرددة فمن هذا يعرف ان الشركه عبارة عن تداخل الملكيتين فيكون شاملاً له على العموم على تقدير اللزوم واحتياط الماتن بعد ان كان استحبابياً بعد فتوى بعدم لزوم الاختلاط لاحتمال قيام الاجماع والمشهور ايضاً حكموا بان الاختلاط قهرياً أو أختيارياً يوجب الشركة الحكمية لا الحقيقية .

(١) واما احتياط الماتن فلست أدري ان احتياطه هذا لو كان يقصد منه ان الشركة والبقاء لن يملكا من دون تسلط لاحدهما الا بما يكون الآخر مسلطاً عليه وعلى هذا فالاحتياط بالبيع اطلاقه هل يقتضي ان يبيع الآخر أم لا، واشتراط البيع له بان يبيع الآخر حصته للآخر له بان يكون المبيع حصة احدهما، والثمن حصة الآخر فيكون هذا البيع لاءجل وجود الشركة فيكون هذا الاحتياط كالفرار من المطر الى المرزاب لانه يكون جامعاً لجميع الخيارات والجهالة التي لا مفر منها في البيع، وهكذا جميع ما يترتب عليه من الاشكالات .

ولقد قلنا سابقاً بان في الشركة يكون الاشتراك في الملكيتين لا في المملوكين وشأن الاشتراك في الملكيتين ان يكون بانعقاد الشركة استقرار اللوازم واستقرارها يكون المالين أحدهما منحازاً عن الآخر أو كان مختلطاً فلا فرق بينهما، لان بعقد الشركة تكون لهما سلطنتين مستقلتين على المال المشترك سواءً كان عروضاً أو كان نقداً وسواءً كان مختلطاً أو كان غير مختلط كما سبق التفصيل في ذلك مفصلاً تكراراً .

....

فان كان المتيقن هو الملكية والسلطنة ويكون العرف حينئذ حاكماً بالشركة واما الاختلاط كما في المال المردد والفرد المردد فلا يكون العرف حاكماً بالشركة كما عرفت بل تكون شركة حكمية وهذه تغاير الشركة الحقيقية فان الشركه الحقيقية كما ذكرناها هي الشركة التكوينية والشركه التكوينية عبارة عن أن يكون كليهما أو جميعهما ذا تصرف تكويني في الشيء الواحد وهذه الشركة التكوينية انما يكون اطلاقها في تصرفات كل واحد على حذو الشركاء وحينئذ يكون العرف ممضياً لها وهذا قوله. ويكفي في الايجاب والقبول بكل ما دل على الشركة من قول أو فعل .

ولقد ذكرنا كراراً ان العقلاء في العقود انما يكون ايقاع الايجاب معتبراً عندهم اذا كان قولا وكذلك الايجاب الفعلي يكون معتبراً عندهم وتكون هذه الجهة اذا كان الايجاب مساوقاً للقبول ولا اشكال في ذلك ولكن اذا كان الايجاب قولياً والقبول فعلياً فلا تكون تلك المعاهدة ماضيةً منهم وذلك لاءن بناء العرف والعقلاء يرون تساوق الايجاب والقبول في المعاملة فلو كان القبول لفظياً وكان الايجاب فعلياً لا يرى العقلاء انعقاده وهكذا العكس فاما ان يكون الايجاب الفعلي والقبول الفعلي واما ان يكون الايجاب القولي أو القبول القولي واما اذ اختلفا في ذلك فلا يكون العقد والمعاهدة منعقدين وعلى هذا فان الشركات التي يعلنون فيها على ان من اعطى السهم يكون بذلك المقدار شريكاً في الشركة كالشركات السهامية فلو كان اعلانهم ذلك ايجاب ـ الهيئة الاجتماعية للشركات لفظياً فالمعطى للسهم لا بد وان يصرح ان السهم الذي اعطاه يكون قبولاً لما اعلنته الهيئة الاجتماعية واما مع عدم التصريح لا يكون شريكاً في الشركة العقدية الذي له آثار خاصة بها واما اذا كان كذلك بان تعلن الهيئة الاجتماعية للشركات أن كل من

....

اعطى السهم يكون شريكاً في الشركة المزبورة وأصحاب الاءسهم وان كانوا يريدون الاشتراك في هذه الشركة المعلنة ودفعوا أسهمهم ولكن من دون تصريح بان لهم القبول بذلك فان الشركة العقدية لم تتحقق الا ان الشركه الحكمية متحققة وعلى هذا تكون هذه الشركات الواجدة للايجاب القولي والقبول الفعلي تكون شركة حكمية لا شركة حقيقية والايجاب الذي نقول به في المقام يكون على منوال الاءعلان الكلي بان من يريد ان يكون ذا سهم في الشركة يكون له دفع السهم وهذه الشركات التي تكون بهذا العنوان يكون الايجاب منها، والقبول لا بد وان يكون بالقول واما اذا كان دافعاً للسهم وكان مراده ان يكون مشتركاً ولم يصرح بذلك فقهراً يكون ايجاب قولي والقبول فعلي وبناء العقلاء حينئذ على عدم انعقاد المعاهدة ويكون العقد غير منعقد ولكن لتحقق الارادة على الاشتراك ولكن من دون تصريح بقوله تكون شركة حكمية ويترتب عليها بعض آثار الشركة الحقيقية دون بعضها التي قد تقدم بعض خصائصها دون بعضها الآخر التي ستجيء من تضاعيف ما سنذكره، واما اذ كان الايجاب والقبول بسياق واحد كانت تلك هي الشركة الحقيقية وتكون جميع آثار العقد وارده عليها ويكون شريكاً مع الهيئة الاجتماعية ويكون الاشتراك حقوقياً بجميع درجاته الذي تقدم البحث عنه فالشريك هو الهيئة الاجتماعية ويكون الربح للهيئة والضرر الوارد على المال للهيئة ولا يكون الفسخ تارة تبعيضياً وتارة كلياً ولا يرى الا في الخارج التكويني وذلك الامر التكويني في الشركة يكون كذلك ولكن هذا الامر التكويني يكون مضمونه باقياً الى الابد فلا يكون الاختلاط من الامور التكوينية فان الاشتراك التكويني هو الذي يكون كل شريك يتصرف فيه كما هو حقه فلا اختلاط تكوينياً في البين يكون تكوينياً حتى يكون ايضاً اعتبارياً فاوفو بالعقود أيضاً يمضي ما يراه العرف ذلك .

(مسألة ٥) : يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالين. ومع زيادة فنسبة الزيادة ربحاً وخسراناً سواء كان العمل من أحدهما أو منهما مع التساوي فيه أو الاختلاف أو من متبرع أو أجير(١).

---

(١) في المسألة الخامسة فروع لا بد من الاشارة اليها :

الاول : الكلام فيما صار اليه المشهور.

الثاني : ما صار اليه صاحب الجواهر ومن تبعه.

اما الاول : ان على مبني المشهور فان الشركة حيث كانت هي عبارة عن تداخل السلطنتين وبعد انعقاد الشركة تارة يريد ان المتاجرة بالمال المشترك فان عقد الشركة على مبنى المشهور يوجب ان تكون السلطنة على المال شركة بنحو الاشاعة وهذه الشركة التي هي بنحو الاشاعة تعني ان كل واحد من الشركاء مسلط على مال نفسه ومال شريكه في التصرف وعلى هذا يكون الربح بمقدار ما يكون لهما من المال وان كان الاتجار منهما بكل المال بمقتضى عقد الشركة لتبعية الربح لاصل المال وكذلك الخسارة الوارد على المال حيث ان الخسارة الواردة على المال تكون بقصد الملاك وهذا لاشكال فيه.

الفرع الثاني : ان انعقاد الشركة بين الشريكين أو الشركاء لما كانت شركة حقوقية فمضافاً الى ان الشركة بين السلطنتين يكون المالك هو الهيئة الاجتماعية ويكون الشركاء غير ملتزمين بالربح والخسارة ولكن يكون الحقيقين مقدمين على الاتجار بالشركة وتكون الارباح واصلة الى الشركة فيمكن ان يكون قانون الهيئة الاجتماعية يغاير الاستملاك للشركاء فلا يكون لهم التصرف في اموال الشركة الا بمقدار ما جوزت الهيئة الاجتماعية لهم التصرف في ذلك والضرر الوارد على الشركة لا يكون المسؤول الا الهيئة الاجتماعية، والربح الوارد على الشركة يكون

. . . .

وارداً على الهيئة الاجتماعية ويكون الشركاء مسؤولين على الآثار المترتبة على ملكيتهم وهي الآثار التي تقتضي ان يتدخلوا في ذلك فالنفع الوارد والضرر الوارد على الشركه ليس لهم التدخل في ذلك وانما يكون لهم التصرف بعد القسمة والفسخ المراد هنا هو الفسخ الذي صار اليه المشهور هو التبعض في الفسخ فيمكن ان يكون العقد غير منفسخ ويكون الشركاء باقين على شركتهم الا ان شريك واحد اراد الاخذ بربحه الخاص من دون ان يكون فاسخاً للشركة من نفسه من باقي الشركاء وتكون الشركة باقية من اصلها وكذلك باقي الشركاء يكون اصل الشركة ومنافعه مضاره في كليه الموارد الا النفع التقاه احدى الشريكين فيكون تبعضاً في الفسخ وان كان كل ما أخذه من المال كان عبارة عن اصله وسهمه في اصل الشركة فان ذلك لا يوجب انفساخ الشركة وتكون الشركة باقية لان الشركة على مبنى المشهور لا تكون دائرةٌ مدار وجود المال للشركاء فان التلف سواءً كان اختياري أو كان بتلف سماوي لا يوجب انفساخ الشركه ويكون اخذه من سهمه من الشركة لا يوجب انفساخ الشركة هذا اذا قلنا بان الشركة عبارة عن تداخل الملكية لا تداخل المملوكين .

الفرع الثالث : اذا كان داراً مشتركاً بين الشريكين وكانت شركتهما في بيع وشراء الدور شرائها وكان الباقي لهما داراً واحده فاجتمعا على بيع الدار، وباعا الدار والمشتري دفع الثمن مقدار منه نقداً ومقدار منه نسيئة، فان المقدار الذي كان نسيئة يكون بعاتق ايهما ففي هذه الشركة لما لم يكن هناك مال مشترك الا هذه الدار والشركة كانت عبارة عن تبادل السلطنتين كان المال الموجود وان كان آخر ما يشتركان فيه الا ان الشركة باقية ولو لم يكن له بازاء ما في الخارج على مبنى المشهور وكذلك على مبنانا وعلى هذا فما كان قد اعطاه نقداً يكون مشتركاً بينهما

. . . .

وما بقي من الثمن يكون مشتركاً بينهما لان القول بغير ذلك يكون ترجيحاً بلا مرجح فيكونان مشتركين في النقد والفقد، وحتى لو دفع المال ولم يبقى بينهما شيئاً يشتركان فيه كانت الشركة باقية الا ان يفسخا ويقتسما، فلا تكون الشركة منفسخة الا بالفسخ بعد القسمة واذا لم يكن في البين مال فلابد وان يفسخا بفسخ قولي .

الفرع الرابع : الشركات العامة التي سبق ذكرها مفصلاً اذا اراد أحد الشركاء خروجه عن الشركة بقبض اصله من سهمه والربح الموجود له تكون الشركة مجيبه له على ذلك ولكن الشركة غير منفسخة بالنسبة اليه فلو اراد تبديل سهمه باقل أو أكثر وسحب سهمه من الشركة وكذلك لو أراد سحب سهمه وربحه من الشركة فلا تنفسخ الشركة بالنسبة اليه فاذا اراد تبديل سهمه كذلك يكون له ذلك من دون ان يحتاج الى ايقاع عقد جديد بما ذكرناه مفصلاً، وبهذا يكون العقد باقياً ولو لم يكن له مال في الشركة الا ان يفسخا العقد بالنسبة اليه كما تقدم .

الفرع الخامس : لو كان المال لكل واحد من الشريكين بالتساوي وكان احدهما عاملاً في المال دون الآخر فان العمل لا يكون دخيلاً في الشركة فيمكن ان يكون العامل للمتاجرة بالمال سهمه في الربح مساوياً لغير العامل منهما أو يكون سهمه أقل أو يكون سهمه أكثر فان ذلك لا يكون دخيلاً في اصل انعقاد الشركه فان اطلاقات الشركه انما يكون بتبادل السلطنتين وقصد الربح والضرر فذلك خارج عن اطلاقات الشركة حتى يقال بان هذه مضاربة في الشركة وشأن المضاربة انه هل تكون شروط المضاربة هل يكون جارية عليه أم لا .

اولاً : فان الشركة يكون الحاصل منها هو تبادل السلطنتين من دون ان يكون هناك اتجار بالمال أوعدم اتجار وعليه فلا يشترط في هذه الشركة فيما لو كان

. . . .

العمل من احدهما والمال من الآخر وكان العامل عاملاً مضاربياً وكان العامل مضاربياً بمعنى ان احد الشركاء كان عاملاً وكان عمله للشركاء الآخرين مضاربياً وعلى هذا فلا يكون شرط المضاربة واحداً في هذه المضاربة من كونه نقداً وكذا سائر الشرائط الا ان المشهور يقولون لو كان العامل مضاربياً يلزم ان يكون واجد لشرائط المضاربة وذلك لان اطلاقات باب الشركة تكون مباينةً مع سائر ابواب العقود ولا ربط لاحدهما بالآخر وحينئذ تكون اطلاقات ادلة الشركة شاملةً لها من دون ان يكون العمل من احدهما والمال من الآخر أو كان كلاهما ذا سهم متساوياً مع الآخر فيكونان مشتركين في المال على التساوي ولكن العمل لاحدهما دون الآخر فان ذلك مورد أطلاقات أدلة الشركة ونفس هذه الشركة يكون اشتراط تساوي الربح فيها أو زيادة الآخر يكون من الشروط التي تبحث في الشركة، وهذا التساوي لا يكون مأخوذاً في الشركة لان الشركة أمر يكون بين السلطنتين واما زيادة الربح لاحدهما الذي يكون له مقدار من المال الازيد والربح الاقل للذي يكون ماله أقل لا تكون الشركة مقتضيةً له .

وثانياً : لا يكون العمل في الشركة مقتضياً له حتى تكون المرابحة بالمال مأخوذةً فيه حتى لايوجب الاشكال لبعض اعاظم المعاصرين حيث يرى ان الشرط لاحدهما من دون عمل يكون شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد فان اقتضاء الشركة على المشهور عبارة عن تدخل السلطنتين ولكن يكون الربح لاحدهما الذي تكون له زيادة في المال دون الآخر الذي يكون له مالٌ اقل فذلك خارج عن باب الشركة لان الشركة انما شرعت كما هو مقتضى اطلاقاتها من قوله في رواية رفاعه عن رجل شارك رجلاً في جارية له وقال ان ربحنا فيها فلك نصف الربح وان كان وضيعه فليس عليك شيء فقال (عليه السلام) لا أرى بهذا باساً اذا طاب نفس

. . . .

صاحب الجارية .

فهذه الرواية تكون من حيث السند صحيحةً ولكن عمل المشهور من جهة انهم يرون عقد الشركة جائزاً فلا يرون الشرط فيه صحيحاً وقد تقدم في الكتاب الاول من دراساتنا ان المشهور وان كانوا غير ملتزمين بلزوم الشرط في العقود الجائزة ومع ذلك فاذا شرط في العقد الجائز شرطٌ في عقد لازم آخر كالبيع وامثاله يحكمون بلزوم الوفاء به وذلك ينشاء من انهم بعد ان كان العقد جائزاً ويمكن الرجوع للطرفين فيما تعهداً به فلا أثر للشرط في مثل هذا العقد الجائز لجواز الرجوع في كل ما تعهدا به في هذا العقد ـ لاءرتفاع الموضوع بذلك .

وهذه الجهة موجودة في الشرط الذي مصيره في ذلك في العقد اللازم لان الشرط في عقد الشركة التي تكون من العقود الجائزة لم يلتزم به المشهور لانعقاد الشرط فيها ولكن اذا شرط في عقد البيع ان يكون الربح لاحدهما أكثر من الشركاء الآخرين يحكمون بانعقاد هذا الشرط لوجوده في العقد الازم ولكن هذا الشرط لا يجعل عقد الشركة لازماً ونتيجته ان عقد الشركة يبقى على جوازه فيكون الوفاء بالشرط ما دام عقد الشركة موجودة واذا فسخا عقد الشركة لم يبق موضوع للوفاء بالشرط حتى ولو كان عقد الشركة جائزاً .

وعلى هذا فان عقد الشركه اذا وقعت فيه المضاربة فان اطلاقات عقد المضاربة لا بد وان تكون موجودة فيه لما قلنا بان شروط عقد المضاربة لا بد وان تكون موجودة فيه والمفروض عدمه واما نفس عقد الشركة فلا يكون موضوعاً المرابحة حتى تكون الاطلاقات شاملة له نعم هذه الصحيحة باطلاقها تكون شاملة له إلا أن المشهور معرضين عنها وقد ثبت ان أعراض المشهور في غير محله .

الفرع السادس : اذا كانا مشتركين في المال ولم يعملا في المال وانما جعلا

. . . .

المال بيد اجنبي عنهما للمضاربة بالمال كان ذلك موضوعاً لعقد المضاربة وكثير ما يكون متعارفاً عند العرف فان المال المشترك انما يجعل في ايدي الاجنبي ليعمل به ويربح بالمال ويكون الربح بينهما وهذه المرابحة لا بد وان تكون واجدة لجميع شرائط المضاربة من دون نقيصه وهذا لا اشكال فيه، ويكون العامل أميناً ويملك الربح بمجرد الوجود من الملاك من دون ان يكون الربح داخلاً في مُلك الملاّك وخارجاً منهم الى العامل بل بمجرد ظهور الربح يملك العامل الربح بمقدار حصته ويكون اميناً لحصة الملاك .

الفرع السابع : تقدم في الفروع السابقة ان الشركاء اذا دفعوا المال لمن يتجر بالمال وجعلوا لشركتهم سهمين، وجعلوا لمن يتجر بالمال سهماً واحداً مشاعاً، فان هذا اذا كان في ما بين الملاك والعامل يكون العقد صحيحاً ويكون داخلاً في المضاربة بعد احتوائه لشرائط المضاربة من كونه نقداً ومن كونه يملك المال المضاربي بمجرد ظهور الربح .

الفرع الثامن : البنوك الموجودة تعتبر شركة قهرية كما قلنا لاءنهما يكونان مستودعين بشرط الضمان ويكون لهم الاذن في التصرف في الاموال المستودعة ويكون المضارب أجنبياً عن البنوك فيجوز لهم التصرف فيه ذا ما لو الا لاءرباح الهيئة البنكية ومن المعروف ان البنوك لا تتحمل الضرائب الوارد عليها فيكون البنك وديعاً مجاز التصرف في المال المستودع ويكون مشترطاً عليه ضمان المال فتكون الهيئة الاجتماعية للبنوك مستودعة كذلك وتكون مجازة في التصرف في المال وتكون ضامنةً للخسارة الوارد على المال الذي يكون عندها وديعة كما قلنا ويكون الربح للمستودع مرنه مجاز للتصرف فيه مطلقاً ويكون الربح له ويكون الضمان عليه ويدفعه للعمال ليتاجرو بالمال ويربحوا بالمال ويكون ضامناً

. . . .

للخسارة الواردة على المال ويكون الربح للعامل لامكان اشتراط ذلك في المضاربة كما تقدم في الكتاب الاول في حقيقة المضاربة. والخسارة الواردة على المال تكون على نحوين.

وان العامل هو الهيئة الاجتماعية المتشكلة للبنوك وتارة تكون الهيئة الاجتماعية هي المالك والعمال أذيضاً، فان كان العامل للتجارة هي الهيئة الاجتماعية فتكون الهيئة الحقوقية هي القائمة بعملية التجارة ومورد الخسارة على هذه التجارة يكون ضامناً لرأس المال وتكون الهيئة الاجتماعية أمينة لا تضمن بدون التعدي والتفريط ويمكن اعتبار شرط الضمانة كما قلنا بالشركات الحقيقية كما ذكرنا تفصيله.

وتارة لا تكون الهيئة الاجتماعية هي المتاجرة بالمال وانما تكون مالكاً وتأخذ عاملاً لتجارتها وعلى هذا لا بد وأن يكون العامل المستربح بالمال أميناً ويكون أمر الهيئة الاجتماعية عليه نافذاً فلو دفع المال لتجارة خاصة ولم يعمل بالتجارة المقصودة للهيئة الاجتماعية كما اذا دفع المال الى العمال للتجارة وفي هذا المقام تارة يكون المعروف في العمال انهم يأخذون المال عن الهيئة الاجتماعية للبنوك فانهم لما كانوا يسيطرون على اموال غيرهم ولهم الاجازة في التصرف في هذه الاموال الموجودة عندهم ولهم اذن التصرف المطلق في هذه الاموال فيتصرفون بها باعطاء الاموال للتجار لكي يتجروا بالمال ويدفعوا الاجر للبنوك فهذه الارباح التي يأخذه البنوك وان كانت تسمى عندهم ارباح ولكن تصرفاتهم في الاموال المودعة عندهم بعد ان كان لهم الخيار التام في التصرف كلما ارادوا تكون التصرفات باعطاء المال للتجار تكون نوع تصرف الغير مسموح ويمكن للهيئة الاجتماعية ان لا تتصرف بهذا المبلغ الا بأجر تسمح له قوانين

....

البنوك فيكون ربحاً ولا يكون رباً لانه أجره للتصرفات الموجودة عن سابق اصرار وتصميم.

ولا يكون الربح وارداً على مال المستودع الذي هو الشريك في هذه الهيئة الاجتماعية للبنوك ولو كان ايداع المال تحريراً فان الهيئة الاجتماعية هي المسؤولة عن قراراته ويكون الضرر الوارد على الهيئة الاجتماعية هي المسؤولة عنه دون المشاركين في البنك وكذلك الارباح الموجودة للبنك تكون الهيئة هي المسؤولة عن ذلك والضمانات الموجودة للافراد تكون الهيئة الاجتماعية ضامنةً له دون الافراد المستودعون في البنك كما مر ذكره مفصلاً.

وتكون هذه الشركة شركة قهرية لا يجوز التصرف للشركاء الا باجازة الآخرين ويكون مدراء البنوك مخولين للتصرف في العملات الصعبة الذي تستودع عندهم بشرط ضمان الاصل وهم يدفعون للناس لقضاء حوائجهم ويستملكون عوض تصرفاتهم ويقال لها ربحٌ ولكن لا يكون ذلك ربحاً بل ربح لتصرفاتهم في المال المخول لهم التصرف فيه لهذه الاغراض.

الفرع التاسع: اذا كان الشركاء شركاء حقيقين لا شركاء حكميين وكان المال لهم على التساوي ولكن هؤلاء الشركاء بعد شركتهم يكونون علة للهيئة الاجتماعية وهذه الهيئة الاجتماعية ترى ان الشريك المعين الذي يكون سهمه مساوي للآخرين يجعل الربح له أكثر من الآخر ويكون ذلك صحيحاً لان الهيئة الاجتماعية لا تكون تصرفاتها تصرفات الشركة لان الهيئة الاجتماعية التي هي معلول للاختلاط الذي ساهم به الذين جمعوا اموالهم فيكون اجتماع الاموال موجباً لكون المجتمع ذات كيان يغاير الكيان الذي أوجد هذه الهيئة الاجتماعية ومن المعلوم ان الآثار المترتبة على هذه الهيئة الاجتماعية لها آثارٌ خاصة لا تساوق الآثار

. . . .

المترتبة لما كان علة له اذ من الواضح ان الآثار المترتبة على المساهمين في تشكيل هذه الهيئة الاجتماعية مثلاً شرط الضمان على هذه الهيئة فلا يكون للمساهمين في هذه الهيئة شرط ضمان لان شرط الضمان يكون في رتبه المعلول للشركة ومن المعلوم انه لا يسري الى علته وقد تقدم ان الشروط المخالفة لمقتضى العقد لا بد وان تكون في العقد وبعد ان كانت الشركة ذات هيئة اجتماعية فكل ما شرط فيها لا يكون للمساهمين فيه دَخْلٌ الا فسخ هذه الهيئة الاجتماعية واما التدخل في شؤون هذه الهيئة من فسخ قراراتها وارجاع ما تبادلت به من التجارات وعدم رضايتهم فليس لهم ذلك لان الآثار التي تكون تابعة لما يُتَخَذه بعد انعقاد الهيئة الاجتماعية لا يكون لهم حق التدخل في ذلك وقد سبق ان كل من التصرفات التي يكون الحاكم متصرفاً فيها يكون مبايناً للتصرفات التي تكون الرعية قائمةٌ به ومن ان شأن الهيئة الاجتماعية انما هو شأن الرعية وما يقوم المساهمين فيه هو شأن السلطان أو شأن رئيس الجمهور ولا يحق لاحدهما التدخل في شأن الآخر فاذا اشترطت الهيئة الاجتماعية شرطاً يكون ملائماً لسلطنتها لا ربط للمساهمين في ذلك لانها ترى مصلحتها الداخلية في شؤونها ولا يكون الشرط مسنداً الى المساهمين في ذلك وعلى هذا قلنا بان البنك اذا أخذ الربح على القرض لا يكون ذلك عبارة عن كونه ربا الذي تأخذه من المساهمين في ذلك الهيئةُ الاجتماعية التي تسمى بالشركة أو يسمى بالبنك وغيره ذلك من التصرفات .

الفرع العاشر : وهذه الاطروحة التي طرحناها يمكن دخولها على جميع الامور الواردة في الشركة ويمكن التعرض لبعضها بحيث ان الفرد المساهم يكون في رتبة العلة ولا يمكن للمعلول التدخل في الرتبة المتأخرة عنه .

وتكون الهيئة الاجتماعية هي الآثار المترتبة عليها لا يمكن للمساهم

....

التدخل فيها والجزئيات تظهر طبق مسائل نتعرض لها وعلى ذلك فكما تقدم من ان الشروط ـ التي تكون الشركات أو البنوك قد أشترطتها في التصرف في اموالهم ـ لا تكون شاملةً للاطلاقات الموجودة وبنظر العرف فانها تغاير مسير الاطلاقات الواردة للهيئة الاجتماعية ولا يرى العرف للهيئة الاجتماعية الا المصالح التي لوحظت لاءجلها وكذا مصالح المساهمين التي لوحظت لاجلهم وبهذا تكون الآثار مترتبة على كل واحد منهم وان كانوا مشتركين في الملكية لان الملكية الموجودة للمساهمين لها آثارها الخاصة التي تختص بها وللهيئة الاجتماعية اثارها الخاصة التي تختص بها وقد ذكرنا في أول الكتاب ان هذه الآثار ربما يزاحم بعضها الآخرى وقد قلنا بان في باب التزاحم ان كل واحدة لها آثارها الخاصة بها ولا يمكن ان يكون شأن للآخرى التدخل في ذلك وهذه الآثار وان كانت موجبة لخسارة الاخرى الا انه ليس للآخرى التدخل في ذلك وعلى هذا فان وجد متبرع لادارة الشؤون الموجودة للهيئة الاجتماعية أو أخذ اجير لادارة شؤونها لا يمكن ان يكون له ارتباط مع المساهمين وفي زيادة احدهما لا يمكن تدخل احد المساهمين في ذلك من منعه أو أثباته كما مر ذكره.

وكلمات المشهور الذين ينكرون لزوم الشرط في عقد الشركة علته انهم يرونه جائزاً كما قلنا وشأن العقود الجائزة هو عدم صحة الشرط فيها ولا يكون شاملاً للمقام لان الشركات لما كانت حقوقية وكان للهيئة الاجتماعية دخالة في التصرف الذي يقول به المشهور كما في قضية تمليك الحمس لله ولرسوله ولذي القربى وبعد ان كانت ملكيتهم لهذا الخمس يؤدي الى تملك السادات له ايضاً في عرض ملكية الثلاثة الاءول له فذلك يظهر ان المشهور قائلين بالرتب في الملكية وهذه الجهة دعتنا الى القول بأن كل هيئة اجتماعية لها الملكية في عرض من كان

. . . .

عليه ذلك وعلى هذا فان كلامنا يكون متخذاً من كلام المشهور في هذا ذلك المقام وعلى هذا فانكار المشهور من بطلان الشرط في العقود الجائزة لا ينافي حكمهم بعدم لزوم الشرط في العقود الجائزة لان هذه الهيئة الاجتماعية لا تكون خارجةً عن الاطلاقات وان كان خروجه من جهة عدم حصول تماس من ناحية العقد له وانما يشمل العقود الواقعة من ناحية العلة واما العقود الواقعة من ناحية المعلول فلا ربط للعقود الموجبة هذه للتدخل في شؤون العلة فكل يكون ماضياً بمقدار مايراه العرف لذلك بمقدمات عدم الرد على هذا فان المرتكز في نضر العرف هو العلة لا بما هو المعلول وعلى هذا فيمكن التدخل بما هو مركز النزاع الذي سيجيء التعرض له في هو هذه الجهة.

كما يمكن ان يقال بان الهيئة الاجتماعية تكون ملزمة بالعقد ولكن نفس العقد يكون جائزاً كما قلنا بذلك في ما تقدم وسيجيء التعرض له في مورده عند تعرض الماتن له.

اذا عرفت ذلك فلا بد من التعرض لما صار اليه الماتن.

الفرع الحادي عشر: اذا كانت الشركة مطلقة وكان المال بينهما بالتساوي فهل يقتضي الاطلاق بان يكون الربح بينهما بالتساوي او ان ذلك لا يكون مقتضى الاطلاق والمفروض اشتراكهما في التجارة والمرابحة فان قضية الإطلاق في المقام لا بد وان تلاحظ حيثية مشاركتهم في التجارة ومن المفروض ان اﻻالمرابحة تلاحظ قضية التجارة فان المرابحة اطلاق تارة يوافق التجارة وتارة ينافي اطلاقات التجارة ومن المفروض انهما شاركا للاسترباح مثلاً ويكون مقتضي الاسترباح أمر وتارة يكون مقتضي التجارة أمر آخر فمصلحة الربح تقدم على مصلحة التجارة كما ذكرنا في المضاربة وقلنا بان اطلاقات المضاربة لا تشمل المقام وعلى هذا فان الشركة

. . . .

لما كانت شركة حقوقية فلا يكون الربح بنظر الشركاء الحقيقين بل يكون بنظر الشركة الحقوقية وحينئذ فلو ان الشركة الحقوقية ترى مصلحة الربح ان يكون لاحد الشركاء ازيد من الآخرين تكون اطلاقات الشركة شاملةً له من دون ان تكون مراعيةً للشركاء الحقيقين وذلك كما عرفت من الرواية المتقدمة حيث لم يثبت طرح المشهور لذلك، وكان ذلك مورد اشتراط المشهور وذلك من جهة ان الشركاء بعد ان توافقا على الاشتراك هذا التوافق يوجب الشركة الحقوقية ويكون الامر خارجاً عن أختيار الشركاء الحقيقين فكل ما تراه الشركة الحقيقية يكون هو المتبع فالاطلاق يقتضي مراعات الربح ومراعات الشركة الحقيقية والشركات الحقوقية وبعد ان توافق عليه الشركة الحقيقية يكون مورد الاطلاقات الشركة بما هي مراعٍ لمصلحة الربح لا مطلقاً فتكون الاطلاقات ناظرة لمصلحة الربح ليس الا .

وما قيل في المقام بان الشركة اذا وجدت للتجارة تكون داخلةً في المضاربة كلام لا اساس له لان حقيقة المضاربة انما وجدت لمصلحة الربح وان كانت تستلزم الشركة .

والشركة انما وجدت للعثور على الملكية الناقصة للشركاء بحيث كانت الشركة لازدياد السلطنة على ماله ومال غيره، وهذا بخلاف القرض حيث ان المال يقرض من نفسه ويجعله للعامل ولكن هذا بعد وجود الربح وتلك المعامله تستلزم الشركة واما في الشركة فيكون سلطاناً على ماله مطلقاً ويشارك الآخرين لتكون له السلطنة التامة على ماله ومال غيره وكذلك الشركاء الآخرين وبهذا تكون الشركة متغايرةً مع المضاربة وبهذا يقال للشركاء رأس ماليين وذلك لهذه الجهة فاطلاقات الشركة لا ربط لها بقضية المضاربة ولذا قال المشهور ان الشركة لو كان القصد منها المرابحة فلا بد وان تكون واجدة لشرائط المضاربة لتباينهما .

. . . .

الفرع الثاني عشر: ان صاحب الجواهر (قده) لماكان قائلاً بان حقيقة الشركة عبارة عن اختلاط المالين ولا يكون العقد مؤثراً في تأسيس الشركة ويكون الاختلاط كباقي الشركات القهرية ليس العقد مؤثراً في ذلك ولكن يرى جواز الشرط في الشركة من كون الربح لاحدهما وان كان المال الذي اختلط به مساوياً لباقي الشركاء وهذه الجهة حيث ان العقد لا يؤثر في انعقاد الشركه غير ما يراه العرف شركة وهو الشركة القهرية فالعقد يكون وجوده كعدمه فحكم ان عقد الشركة انما يوجب اللزوم في الشركاء ونتيجة ذلك ان الشروط الموجودة للشركاء تكون لازمة وتكون داخلةً في العقد ويجرى فيها أوفوا بالعقود ويكون شاملاً له وان عموم المؤمنون عند شروطهم ايضاً يكون شاملاً له.

واستنتج صاحب الجواهر ان بايقاع عقد الشركة لا يكون لاحد الشريكين سلطة على فسخه وبعد انعقاد الشركة لا يكون لاحدهما الرجوع عن عقده الا باحد الخيارات الموجودة في العقود كما مَرَّ بنا سابقاً.

فعلى مبنى صاحب الجواهر بعد العقد السابق أو اللاحق له الاختلاط ويكون لازماً وبعد لزوم الشركة التي لم يكن العمل واالمرابحة داخلين في حقيقتها يكون ما توافقا عليه في العقد يكون لازماً وعلى هذا فبناء على مبنى صاحب الجواهر لا يكون الربح الموجود من المالين دائراً مدار الاصل فيمكن ان يكون الربح أكثر لمن كان ماله أقل كما يمكن العكس في ذلك، فعلاً مبنى صاحب الجواهر الذي يحكم بلزوم عقد الشركة وان عقد الشركة كما قلنا به سابقاً يباين عقد المضاربة تكون اطلاقات عقد الشركه شاملةً له وان كان هذا العقد الموجود عند العرف ممضى بمقدمات عدم الرد مضافاً الى الرواية المتقدمة فاطلاقات أدلة الشركة لا تكون دائرة مدار الربح حتى يقال بان العمل لاحدهما يوجب استحقاق

. . . .

الربح لعمله دون الذي لم يكن عاملاً كما عرفت تفصيله .

مضافاً الى ان الشركة الحقوقية تقتضي ذلك فيكون على مبنى صاحب الجواهر بعد الاختلاط تكون شركة حقوقية فالشرائط الموجودة لهذه الشركة لا ربط لها بالعقد الذي يكون اشتراطه خلاف مقتضى العقد وانما تكون الشركة بعد وجود العقد لازمةً أولاً .

وثانياً : شركة حقوقية ولا حقيقية .

وثالثاً : ان الشرائط الموجودة فيها لا ربط لها بالاصل حتى يقال بان الذي عمله أكثر له ربح أكثر وان الذي ماله أقل يكون ربحه أقل .

ورابعاً : ان الشركة لم توجد للمرابحة حتى يقال بان تصوير الشركة للمرابحة لا بد وان يكون جامعاً لجميع شرائط المضاربة .

بل تكون اطلاقات الشركة مباينةٌ لما هو من أوصاف غيرها من الشرائط في العقود المغايرة لها .

وعلى هذا فيحكم صاحب الجواهر بان عقد الشركة انما شرع لتداخل الاموال والايادي على مال شريكه كما كان له السلطنة على ماله ولكن بحصه من الاختيارات المطلقة التي كانت له فيها السلطنة التامة على ماله نفسه فلا يكون الاشتراط منافياً لمقتضى العقد .

واما بناء على مبنى الماتن فلما كان بنائه على عدم لزوم الاختلاط فأن الاجماع المدعى في المقام لا أصل له .

وثانياً : يكون حاكماً بجواز العقد وانها من العقود اللاذنية .

وثالثاً : العقد الذي يراه شركة حقيقية هو الذي يكون له ما بازائه في الخارج كما مال اليه صاحب الجواهر وانما يناقش في جزئياته وعلى هذا فيرى لزوم

. . . .

الاختلاط ولا يرى عقد الشركة له صلاحية مستقلة وانما يرى ان العقد غير مؤثر في جواز التصرف بعد ان كان يراه من العقود الاذنية وكما يرى الاختلاط موجباً لعدم جواز التصرف في المال المشترك .

وفي هذا المجال يكون كلامه صحيحاً لان العقد لا يوجب شيئاً زائداً الا جواز التصرف كالعقود الاذنية وعليه فيكون انكاره لجعل العقد عبارة عن الاختلاط فيهن منه ان عقد الشركة يكون مراعاً برأي المشهور من ان الشركة هي تداخل السلطنتين وعلى هذا فلا يكون على منوال صاحب الجواهر من كون الاختلاط شرطاً في انعقاد الشركه ولا يكون على رأي صاحب الجواهر من كون العقد لازماً .

وعلى هذا فالفتاوى الموجودة له لا بد وان تحلل ما هو المراد منها .

الاول : تساوي الشريكان في الربح والخسارة مقتضى الاطلاق سواءً كان احدهما عاملاً أو كانا عاملين معا فان هذه الفتوى تقتضي ان لا تكون الشركة حقوقية فان كانت الشركة حقيقية فلا اشكال ان الربح مساوق للاءصل فكل ما كان الاصل أكثر كان الربح لصاحب الاصل أكثر وان كانت الشركة معتبره بمجرد الانعقاد كانت حقوقية فلا يكون الربح دائراً مدار الاصل وكان اطلاقات في الشركة الحقوقية لا تكون مربوطةً بالشركة الحقيقية لان الشركات الحقيقية عبارة عن المساهمين الذين يدفعون العملات الصعبة لتشكيل وبعد تشكيل هذه الشركة ولا تكون الاطلاقات الموجودة الشاملة للشركات الحقيقية مشمولةً للشركات الحقوقية من جهة ان الاطلاقات في الرتبة المقدمة لا تكون مشمولة للرتبة المتأخرة والاثر كل شيء في كل شيء وعليه فلا يكون الربح مساوقاً للاصل بل لا بد من مراعات المصلحة التي تقوم بها الشركات الحقوقية والحقيقين لاتأثير لهم

. . . .

في تشكيل الشركة الحقوقية الا ان يطالبوا بالقسمة والفسخ الذين يرفعا موضوع الشركة واما مع تشكيل الشركة الحقوقية فلا يمكن التدخل في شؤونها فالاطلاقات الشاملة للشركات الحقوقية مختصة بها وعلى هذا فيمكن التفريع كما سبق منا ان الشرط سواءً كان ذا منفعة للشركاء الحقيقين أوكان ذا ضرر للشركاء الحقوقيين فان الشركاء الحقيقين لا يمكن لهم منع الشركاء الحقوقيين من مصالحهم نعم لهم فسخ هذه الشركة حتى لا يبقى لموضوع الشركاء الحقوقيين زمن معروف كما تقدم منا من ان الشركاء الحقيقين لا يمكن شمولهم للاءطلاقات الواردة على الشركاء الحقيقين وكذلك العقد الوارد على الشركاء الحقيقين يكون على الشركة الحقوقية وحيث ان الشركة الحقوقية في الرتبة المتقدمة ويكون مقتضاها متقدماً عن الشركة الحقوقية تكون أجنبيةً عن مقتضى الشركة الحقوقية والمشهور انما يرو رأياً في الشركة الحقيقية وهذا لا ربط له بالشركة الحقوقية والاطلاق فيه لا يشمل تلك الموارد ولهذا ترى صاحب الجواهر يخالف المشهور من لزوم العقد وجريان الشروط الموجودة فيه ، وذلك لان كلام صاحب الجواهر انما يكون في الشركة الحقوقية ، وكلام المشهور في الشركة الحقيقية .

وكذلك الماتن انما كان تبعاً لصاحب الجواهر من القول بالشركة الحقوقية والمشهور كلامهم في الشركة الحقيقية ويمكن ان يقال ان كلام المشهور ايضاً كذلك في الشركة الحقوقية .

وذلك كما بيّنا من ان المشهور انما يكون اشتراك الملاك في الشيء الواحد أو اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد والاشتراك في الملكية والحقيقية يقتضي ان تكون الشركة عندهم هي الشركة الحقوقية لا الشركة الحقيقية وعلى هذا فيكون كلام صاحب الجواهر منافياً لكلام المشهور وعلى هذا فان كلام المشهور

. . . .

في المقام صحيح ولكن جزئيات كلام المشهور لا بد وان تتضح فان الظاهر من الروايات القائمة في الباب مثلاً لم يثبت فيها اجماع على الامتزاج كما تقدم .

الثاني : الرواية المتقدمة في الجارية فان الرواية المتقدمة دالة على الشركة الحقوقية والرواية المتقدمة عن حميد بن عواض عن محمدين مسلم بعد نقد الثمن وقوله بيني وبينك كانت تلك شركه حقوقية من ناحية الملكية كما صار اليه المشهور ويكون شركة حقوقية من ناحية تملك الهيئة الاجتماعية للملاك .

كذلك رواية داود بن الابزاري وكذلك جميع الاطلاقات الواردة كلها توجب الشركة في الملكية وكذلك توجب أن هيئة الشركة مالكه لها .

واصرح من الكل ما هو مروي عن حريز عن عطاء بن السائب عن زاذان في قضاء أمير المؤمنين (عليه السلام) فان ذلك شاهد على انهما كانا مشتركين في الوديعة وانما كان اشتراكهما حقوقياً .

اذ لو كان حقيقياً يكون بينهما للادعاء والمنكر ولا يحتاج لاجتماعهما .

كذلك الادلة الواردة على لزوم القسمة فان كل ذلك يكون من الشواهد الدالة على ان الشركة تكون حقوقية لا حقيقية لكون المال لكل واحد فيأخذ ماله ولا يحتاج الى القسمة وعلى هذا فلا تكون الاطلاقات الواردة في الشركة تارة في المشتركين وتارة تكون في المال المشترك فالاطلاقات الواردة في اصل الشركة لا تكون جاريةً في المال المشترك والاطلاقات الوارد في المال المشترك لا تكون مرتبطة بالشركة كما سيجيء بيانه وبهذا نقول ان اطلاقات الشركة وان كانت تنافي ما يكون المال المشترك لا يمكن ان يكون جارياً في المال المشترك فلا بد من مراعات هذه الاطلاقات لاصل انعقاد الشركة .

الفرع الثالث عشر : وعلى القواعد المتقدمة فاذا شرط في العقد زيادة للعالم

....

منهما أو كانت لمن كان عمله أزيد فان هذا على مبنانا ومبنى المشهور ومبنى صاحب الجواهر.

اما على مبنانا فان العقد لما كان من العقود اللازمة ويكون الشرط مورد لاوفوا بالعقود وكذلك المؤمنون عند شروطهم يكون الشرط لازم الوفاء وتتفرع عليه الفروع التي سيجيء التعرض لها.

الاول: ان هذا الشرط يوجب ان يكون المشورط عليه لازم الوفاء بحيث لو تخلف عن هذا الشرط كان للمشروط الخيار.

الثاني: ان هذا الشرط يوجب حكماً وضعياً على عاتق المشروط عليه بحيث ان للمشروط له اجباره على تنفيذ شرطه.

الثالث: اذا لم يكن الشرط مقدوراً على المشروط عليه فان كانت مقدماته أختيارية وجب عليه ايجاد الشرط وقد قلنا بذلك مفصلاً في دراساتنا الاولى في كتاب المضاربة وان كان الشرط غير مقدور أصلاً كاجتماع الضدين أو ارتفاع النقيضين فان العقد الواقع من الشريك ان كان بنحو تعدد المطلوب انتفى الشرط وبقي الوفاء بالعقد وان كان الشرط مقدوراً في أول الامر وتساهل المشروط عليه في تنفيذ الشرط فبعدم تنفيذه لا يبطل العقد ولكن يكون المشروط عليه خائناً فيضمن لو أوجب اتلاف مال الشركة ولكن يكون ضامناً للاصل ولو لم يتلف مال الشركة.

الفرع الرابعة عشر: اذا اشتركا وبعد الاشتراك اشترطا أن تكون تصرفاتهما بالتجارة وكانت التجارة المشروطة لكل منهما وكل منهما كان عاملاً وكان الربح بالتساوي ففي هذا المقام تكون الشركة أمر والتجارة أمر آخر للاسترباح فشأن الشركة قد مر، وأنه يوجب تسلط الغير على مال نفسه وتسلطه على مال شريكه

. . . .

واما التجارة والاسترباح ففي الرتبة المتأخرة من الشركة فتكون التجارة والاسترباح آمرين مشمولين لادلة المضاربة كما ذهب اليه المشهور من دون ان يكونا مربوطين للشركة فلا بد وان يكونا واجدين لجميع شرائط المضاربة من النقدية والربح يشترك فيها كل من العاملين الشريكين بالظهور وحينئذ كانا مجتمعين كان كل واحد منهما مالكاً وكان كل واحد منهما عاملاً وبعد تحقق الاشتراك فلا الشركة تكون اطلاقاتها تشمل المقام ولا المضاربة بعد أختيارهما الاسترباح تكون شاملة للشركة ولا بد وان تكون المضاربة كاملة الشرائط من دون ملاحظة الاشتراك .

فاذا اشتركا لكي يعملا بما لهما للاسترباح فكل من المالكين يملكان الربح بمجرد الظهور ويكون المالك الآخر شريكاً في الربح الذي حصله الشريك الآخر فان الزيادة التي يأخذها كل منهما لا تكون دليلاً على زيادة في الشركة وانما تكون الزيادة الحاصلة لهما باعتبار عملهما الخارج عن دليل الشركة ولا يكون غير مربوط بالشركة وهذا هو الذي دعى للاتفاق على صحته لانه بما هي شركة ويأخذ الشريكان زيادة على مالهما من الشركة فان هذه الزيادة لا تكون كاشتراط الزيادة في مال الشركة حتى يقال بانها محل النزاع فاتفق المشهور وصاحب الجواهر وجميع الاصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) بان ما يأخذ الشريكان زائد عن رأس مالهما ويكون خالياً عن الاشكال .

الفرع الخامس عشر : اذا اشترك شريكان وبعد انعقاد الشركة ارادا التجارة والاسترباح وكانا متساويان في ما اشتركا فيه ولكن احد الشريكين أو الشركاء اكتفى بالشركة وهذا الشركة يوجب ان تكون ماهية الشركة هي انصمام سيطرته على مال نفسه وسيطرته على مال شريكه ولازم ذلك ان يكون الشريك الآخر ايضاً له هذه السيطرة وحينئذ يكون احد الشركاء قد اكتفا بالشركة والشريك الآخر أو الشركاء

....

الآخرين استربحوا بمال الشركة فان الشركاء الموجودين يكون أمرهم الملاك والذي يعمل يكون عاملاً لمال نفسه ولباقي لشركاء فهذا العامل يملك الربح بمجرد الظهور ويكون الربح بينه وبين باقي الشركاء بمقدار ما كانا مشتركين في المال فيكون العمل من احدهما والربح مقسم بينهم وهذا ايضاً لا اشكال في صحته وذلك لغفلة البعض بان الربح لا يكون بازاء الشركة ولا يكون بازاء العمل لان الشركة أمر حصل بمجرد عقد لفظي أو معاطاتي فبعد انعقادها اراد التجارة بهذا المال فهما يشتركان في الفائدة الموجودة في الشركة على السوية وبعد ان كانا متغلبين على ذلك وان كان احدهما قد اشترط شرطاً لفظياً أو كانت ارادته قائمة على الاستفادة من هذه الشركة بالاسترباح فحينئذ لو كان كل واحد منهم مالكاً للمال ومسيطر عليه وواحد منهم عمل بهذه الاموال فيكون الربح بمجرد الظهور مشتركاً بينه وبينهم كما ان الضرر الحاصل في هذه المعاملات مشترك بينه وبينهم من دون عمل صادر منهم والعمل كله صادره منه ويمكن ان يكون الضرر الوارد من هذه التجارة أيضاً على عاتق الذي يعمل **بالمال** باعتبار الشرط الذي ذكرناه في الكتاب الاول من دراساتنا فهذه الجهة التي تصورناها وان كان الذي لا يعمل ولكنه شريك في اصل المال يكون الربح الحاصل له من دون عمل يكون الاختلاف في الامتياز من الربح الذي يعمل ويكون الربح الحاصل له كاحد الملاك وهذا أيضاً مبنى المشهور وصاحب الجواهر.

الفرع السادس عشر: ومنه يظهر ان الشركة لا يكون المدار فيها العمل حتى يكون مورد القياس بان العامل كيف يستحق الربح وغير العامل كيف يستحق الربح اذ الشركة أمر والتجارة والاسترباح أمر آخر ولا ربط لاحدهما بالآخر وكل له اطلاقاته الخاصة ولم اعلم كيف خفي على الماتن وحذا حذوه في ان الشركة

. . . .

معناها الاسترباح والتجارة حتى تداخلا فيما بينهما وكلام المشهور ينادي كما ان صاحب الجواهر ينادي بان الربح في الشركة أجنبي عن الشركه فلا كلمات الاصحاب ولا كلمات صاحب الجواهر تقتضى ذلك ومن المعلوم ان الشركة وان كانت حقيقية ولكن بعد انعقادها تكون الشركة حقوقية ولا تكون مقتضيةً لان يكون الربح أو التجارة وانما يكون مقتضاها ما قلنا فاذا وقعت الشركة وحصلت نتيجتها فهناك من يريد التجارة ويمكن ان يكون مكتفياً بالشركه فقط من دون ان يكون قصده أمر آخر من التجارة فاطلاقات الشركة أجنبية عن التجارة والاسترباح واطلاقات التجارة والاسترباح أجنبية عن التجارة والسيطرة على المال وحصول الملكية الناقصة للشركاء فكيف خلط بعض الاساتيد وبعض المعاصرين في هذا المورد فلا بد من السؤال منهم ، والمشهور أيضاً من حكمهم بان الاسترباح لا بد وان يكون واجد لشرائط الاسترباح ويفهم انهم حكموا بالشركة بما انها واجدة للهيئة الاجتماعبة وهذه الهيئة الاجتماعية تارة تبقي بمصلحة نفسها وتارة ان تجعلها للتجارة والاسترباح وحينئذ يتفرع عليه .

الفرع السابع عشر: وهو ان الشركة لماكانت أجنبية عن الاسترباح والتجارة وبعد ان اشتركا في المال بالشركة العقدية تارة يشترط الذي له نصف المال ان يكون له الثلثين . من أصل المال فيحكم بانه خلاف مقتضى العقد فان عقد الشركة لماكانت عبارة عن اشتراك المشاركون في المال واما اشتراط التمليك لنفسه الذي لا يحتاج الى وجود سبب له لا يكون ذلك مخالفاً لمقتضى العقد اذ تقدم في الكتاب الاول ان الشرط لو كان وجوده دائراً مدار سبب خاص كان اشتراطه باطلاً كاشتراط الشركة كما لو قال بايقاع عقد الشركة تكون المرأة الفلانية زوجتي وهذا شرط يحتاج الى السبب ولا يمكن ان تكون المرأة زوجة بصرف الشرط .

. . . .

وتارة لا يحتاج الى سبب خاص كالتمليك فان التمليك لا يحتاج الى سبب مخصوص فايقاع عقد الشركة بان يكون مقدار من مالك لي فذلك دائر مدار قبول المشارك فان قبل كان الثلث ملك للشارط وان لم يقبل لا يكون العقد منعقد أو هذا لا يكون خلاف مقتضى العقد بعد ان كان عقد الشركه طبيعياً وارداً على المال الطبيعي فليس له مقتضى حتى يكون هذا الشرط خلاف مقتضاه فيمكن ان الشريك لا يرضى بالشركه الا ان يساهم الشريك باعطاء مبلغ معين لان يقبل بالشركة وقد قلنا بان هذه الشرائط الاختيارية اذا اراد تحقق الشركة وله الاختيار في ان يدفع ما يريده لان ينال به المنفعة العقلانية واظنه لم يتوجه للاشكال الوارد عليه .

الفرع الثامن عشر : قد عرفت ان الربح والاسترباح أجنبي عن الشركة خصوصاً في الشركه العقدية التي هي عبارة عن انعقاد الشركة للتغلب على مال الشريك كمال نفسه بمقدار تحصصه في اليد الموجودة له فيه وعلى هذا فقال بعض بان الربح لا بد وان يساوي مال الشركاء بمقدار حصتهم من المال وعلى هذا اشتراط ان يكون الربح للمال المساوي لشريكه بأكثر من دون عمل يكون ذلك خلاف مقتضى السنة لان ملكية الربح يقتضي ان يكون الربح وارداً على الملك ومن كان ملكه أكثر لا بد وان يكون الربح له أكثر واما اشتراط ان يكون الربح لمن كان ملكه مساوياً بربح أكثر يكون خلاف مقتضى السنة هذا ما قاله البعض ولكن التحقيق خلاف ذلك كما يأتي .

أولاً : ما قلنا أولاً ان الشرط الذي لا يحتاج الى سبب خاص يمكن اشتراطه ولا يكون ذلك خلاف السنة لان عقد الشركه يمكن ان يشترط فيه ما لا يحتاج الى اسباب خاصة ويكون الشرط ماضياً لان التمليك لا يحتاج الى سبب .

. . . .

وثانياً : اذا قلنا بان الشركة أجنبية عن الربح فيمكن ان تكون الشركة ماضية باعطاء مال مجاني للتغلب على شريكه لان يشاركه .

وثالثاً : ان عقد الشركة بعد ان وقع العقد تكون شركة حقوقية وبعد ان كانت حقوقية فاطلاقات الشركة الحقيقية أجنبية عن ذلك فلا بد من مراعات مصلحة هذه الشركة ومن المعلوم ان الشركة الحقوقية يكون أعتبارها بخلاف الشركة الحقيقية .

ورابعاً : ان الشركات الحقيقية لا يمكن ان يكون لها اطلاق للرتب المتأخرة عنه فيمكن ان يكون الشرط منافياً للشركة الحقيقية ولا يمكن ان يكون منافياً للشركة الحقوقية لعدم امكان الاطلاق للرتب المتأخرة عنها .

وما قيل ان الربح معدوم واشتراط الربح المعدوم للغير يكون من قبيل ضمان ما لم يجب على تعبيرنا فعجيب منه كأنه لم يجوز أجاره البساتين للاستفادة من نمائها الغير موجود لانه أمر معدوم والحال ان العرف يؤجر البساتين الغير موجود فيه النماء للمستأجر على ان يكون نمائها له ، وبناء على هذا الكلام لا بد وان تكون الاجارة باطلة ولم يتفوه به أحد من العقلاء حيث ان القابلية موجودة وهذه القابيلة يبذل بازائهاالمال بل الاموال .

وخامساً : اذا كان عقد الشركة بعد انعقاده ترى المضاربة فيه جائزة فان المضاربة لما كان الربح غير موجود فيها فكيف يمكن ان يتصرف في الاموال ويسترىح من الاموال ويكون الربح له بعد ظهوره ، وقد سبق منا في كتاب المضاربة تضعيف القول بان النماء تابع للاصل كما مال اليه صاحب الجواهر وان العامل بمجرد ايقاع عقد المضاربة يملك القابلية للنماء بحيث اذا ظهر النماء يدخل في ملك العامل من دون ان يملكه المالك الاول ، ثم يخرج من ملكه الى ملك العامل

هذا مع الاطلاق ولو شرطا في العقد زيادة لاحدهما فان كان للعامل منهما أو لمن عمله أزيد ، فلا أشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم ففي صحته . أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد في صحة الشرط والعقد وبطلانهما وصحة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الاطلاق ـ أقوال أقواها الاوّل وكذا لو شرطا كون الخسارة على أحدهما أزيد وذلك لعموم « المؤمنون عند شروطهم » ودعوى انه مخالف لمقتضي العقد كما ترى[1] .

بل بصرف القابلية يملك العامل كما يملك المالك حصته على السوية .

وسادساً : ان الشركه بعد انعقادها تكون حقوقية لا ربط لها بنفس عقد الشركة والشركة الحقوقية ترى مصالحها من دون نظر الى أصل الشركة .

(١) وما قيل بان الشرط اذا كان ملكية الزيادة بعد ان كانا متساويان في الملكية ابتداء فيحكم ببطلانه لمخالفته للسنة وبين ان ما اذا كان الشرط تمليك الشريك ذلك بعد تملكه للمالك بحيث يكون انتقاله منه اليه لا من المشتري مباشرة فيحكم بصحته لعدم منافاته للسنة نظراً لعدم منافاته لقانون تبعية الربح للاصل في الملكية وهو بنظره فاسد بكلا شقيه وهذا الايراد فاسد من اصله لا من القال ولا من القيل كما يأتي:ـ.

أولاً : اذ قد عرفت ان التمليك لا يحتاج الى السبب هذا أولاً .

ثانياً : ما قلنا بان أجارة البساتين لاجل الاستفادة من فواكهها لا بد وان لا يكون عنده صحيحاً وهذا فاسد بالضرورة .

ثالثاً : لو قلنا بان عقد الشركة له آثار يختص بها والتجارة التي يشترط فيها لها آثارها الخاصة بها فمن المعلوم ان الاسترباح الذي يؤخذ في الشركة يكون تابعاً للاطلاقات الواردة للمضاربة ولا تؤخذ به اطلاقات باب الشركه فيكون العقد

. . . .

خاضعاً للاطلاقات الواردة في المضاربة .

الرابع : لا تكون السنة في المقام تبعية النماء للربح بل تكون مصلحة الربح حاكماً على هذه السنة وتكون أدلة الربح لها حكومة على قاعدة تبعية النماء للربح .

خامساً : ان نتيجته بعد فساد قوله واضح اذ بعد ان كان الشركاء على تقديره بالشركه القهرية لانه لا تتعقل الشركة الحقيقية فان الشريكين مسلطين على الشركة وبعد عقد الشركة يرضى احد الشركاء لان يملك شريكه مقدار من ماله بالشرط وهذا التمليك لا يحتاج الى مؤنة توجب تمليكه وانما الشرط يكفي في تمليكه ويرى ان هذا فاسد وفساده لعدم تعقله لان يكون بالشرط مالكاً له وفساده أوضح من أصل كلامه واستشهد بالصحيحة المتقدمة .

وهي صحيحة رفاعة فان الشريكان بعد شراكتهما في الجارية كانت شركة قهرية كما تفضل به أو تكون شركة حقيقية كما قلنا فان احد الشريكين يشترط ان يكون الربح بينهما والوضيعة على واحد منهما فان ذلك صحيح حتى بناء على كلام المشهور اذ ان الشركة ماضية وبعد عقد الشركة يباري احدهما شرطاً خارجياً بان الربح بينهما والوضيعة على واحد منهما فيكون ذلك شرطاً خارج العقد ويريد احدهما ابراء الشريك الآخر من الوضيعة وهذا مما لا اشكال فيه حتى بناء على مبنى المشهور اذا الابراء خارج العقد الجائز لا يجب الوفاء به ولكنه ابراء وهبه خارجة وهذا مما لا اشكال فيه وتكون الصحيحة في المقام للهبة الجائزة ولا كلام فيه ويرى انه فهم هذا من هذه الرواية ومن الواضح ان كل من ينظر في الصحيحة يرى انه يكون ناظراً الى هذا المعنى .

الفرع التاسع عشر : ومن التفصيلات التي ذكرناها تارة تكون الشركة حقوقية

. . . .

وتارة تكون الشركة حقيقية هذا على مبني الماتن اما اذا كانت الشركة حقوقية فاطلاقات الشركة لا يمكن ان يكون ناظراً الى الشركة الحقوقية وترى الشركة مصالحة الدخيل في ايجابه للربح فيعلن لمن لا عمل له في الشركة ان يزوده بالمال لاجل الاسترباح فيكون هذا حاكماً على اطلاقات التجارة ويكون هذا الشرط صحيحاً ونافذاً وان كان ذلك منافياً لاطلاقات التجارة ويكون هذا الشرط نافذاً وان كان منافياً لملكية المالك وتبعية الربح للاءصل ، ويكون هذا نافذاً وان كان منافياً لاطلاقات الشركة لان الاثر يكون للاسترباح الناتج من المضاربة الذي شيد هذه الشركة لاجله وتكون شركة حقوقية شيدت لاجل الاسترباح ولها شؤونها ومزاياها .

واما اذا قلنا بان الشركة حقيقية ولا اشكال ان الشركة انما تكون مقتضية للتغلب على مال نفسه مع مال غيره على تقدير الشركة القهرية الذي لا يراها المشهور شركة واقعية وانما يرونها شركة حكمية فانه وان كان مقتضى الملكية ان يكون الربح لمن عنده المال وهذا الذي شرط له الربح لا يكون له المال ولكن من المفروض ان الشركه القهرية لا يجوز لاحد التصرف في المال المشترك الا باذن باقي الشركاء والمفروض ان الشركاء تبانوا على هبة حصة لواحد اجنبي فذلك بعد تبانيهم لذلك في العقد فلا يكون خلاف مقتضى العقد لان العقود الاذنية تكون دائرة مدار استملاك الملاك فيمكن ان يستملك الملاك الاجنبي لذلك ولا يكون خلاف مقتضى العقد ولا يكون خلاف اطلاقه اذ الشركة عبارة عن الاستيلاء على مال الغير كمال نفسه وبعد استيلائهم يجتمعون ويشاركون في الربح لمن لم يكن ذا سهم في الشركة فلا يكون منافياً للشركة ولا لاطلاقاتها لان الشرط لا يكون معارضاً للملكية الحاصلة لهم .

. . . .

واما على الشركة الحقيقية الواقعية العقدية فتارة على مبنى المشهور وتارة على مبنانا .

فان على الشركة المشهورة عبارة عن تداخل الملكية لا تداخل المملوكين كما ذهب اليه الماتن فان الشرط الذي للربح لمن لا سهم له يكون باطلاً ويكون خلاف مقتضى العقد وذلك لان المشهور انما يرون الشركة مقتضيةً لتداخل الملكيتين ومن ليس له ملك لا يكون شريكاً في الربح ولهذا يقول المشهور ببطلان هذا الشرط .

وكذلك من كان عنده مال مساوي لباقي الشركاء ويكون له الربح أكثر من البقية من دون عمل أيضاً يرون بطلان هذا الشرط وذلك لان الشركة عبارة عن اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد ومن المعلوم ان اجتماع حقوق الملاك لا بد وان يكون الملاك مقتضى عقد الشركة وان يكون المساهمين لهم السلطنة على الشركة فلا يكون لغير المساهمين تسلط على هذا المال المشترك فالتسلط على الاصل والربح يكون منحصر للمساهمين فاشتراط الاصل أو الربح يكون خلاف مقتضى العقد أو جعل الربح لغير المساهم في العمل فذلك خلاف مقتضى العقد اذ على مبنى المشهور هو التداخل في الملك فاذا كان مساهماً في الملك وان لم يوزع العقد للربح في الشركة بل وزع للتسلط فلا يمكن تسلط الغير في هذه السلطنة الجائية من دون ان يكون مشاركاً .

وبهذا تعرف ان المساهمين لو كان السهام منهم مساوياً لباقي الشركاء بناء على تصور المشهور فان اشتراط ان يكون الربح لواحد منهم أكثر من الباقين فذلك لا يمكن على فتوى المشهور وذلك بعد ان كانت الشركة عبارة عن الشركة في الملكية والسلطنة فتسلط الشركاء على الاصل يساوي الربح الحاصل من المال

. . . .

واشتراط ان يكون المساوي ربحه أكثر يكون خلاف مقتضى العقد وكذلك السنة لان الربح يتبع اصله كما ذكرنا هذا على فتوى المشهور.

وهذا يزاحم اصل الاقتضاء لاطلاقه كما ذهب اليه الماتن.

ولكن الظاهر من كلمات المشهور ان عقد الشركة يكون جائزاً وشأن جواز العقد لا يوجب وجوب الوفاء بشرطه وبعد عدم وجوب الوفاء يكون الشرط الوارد على هذا العقد مراعاً بكون العقد بعد فسخه عن احده طرفي العقد لا يكون وجوب الوفاء به موجوداً وبهذا تكون كلمات المشهور في كون عقد الشركة جائز أو عدم وجوب الوفاء بالشرط تابع لموضوعه وبعد فسخ العقد ينتفي الموضوع كما هو واضح.

ومنه يظهر ان ابتناء العمل بالشرط على رأي المشهور يكون تابعاً لموضوعه ومن المعلوم ان كلية العقود الجائزة يكون مصير الشرط فيها تابعاً لموضوعها فالمشهور القائلين بجواز العقد لا يرون وجوب الوفاء بالشرط بعد ان كان المشروط غير لازم الوفاء فكيف يكون الشرط الواقع فيه لازم الوفاء وبهذا ايضاً يكون تعبير الامام (عليه السلام) بان له الرضا بالشرط من جهة ان نفس العقود الاذنية تابعة للاءذن فكذلك الشروط المأخوذة فيها تكون تابعةً للرضا بها وتكون هذه الرواية مما عمل به المشهور فيجب الوفاء بالشرط ما دام العقد موجود أو بعد رجوع أحد المتعاقدين يكون الموضوع منتفياً وبانتفائه ينتفي الشرط هذا على مبنى المشهور واما على مبنانا في الشركة فنقول:

ان عقد الشركة الحقيقية لا تكون اطلاقات الشركه شاملة له بما انه موضوع الاسترباح، وانما عقد الشركة يجب ان يكون له آثاره المختصة به. وهي عبارة عن التسلط على المال الذي عنده وأزدياد التسلط على مال شركائه كما عرفت ذلك.

. . . .

وتكون هذه آثار خاصة بالشركة دون غيرها وتكون له اليد الناقصة على مال الغير كما تكون له اليد على مال نفسه . وهذا مختص بنفس الشركة ولهذا قلنا بانه لا يدور مدار الاختلاط وهذا ايضاً لا يدور مدار الاعمال وكل ما قلناه في الشركة يكون جارياً في هذه الآثار ، وبعد انعقاد هذه الشركة تارة يكتفى بهذه الآثار فلا يحتاج الى شيء ويكون هذا الموضوع الذي تحققت به الشركة يمكن ان يكون موضوعاً لجهات اخرى وهذه الجهات تارة تكون الاسترباح والتجارة وتارة تكون موضوعاً للرهن وأخرى يكون موضوعاً للبيع وتارة يكون موضوعاً للعارية وتارة يكون موضوعاً للوديعة وأخرى يكون موضوعاً لاشياء لموارد أخرى يرى الشركاء جعلها موضوعاً لتلك الاشياء .

فاذا جعل الموضوع لعقد آخر لا بد وان يكون جامعاً لجميع شرائطه فانه اذا لم يكن جامعاً لجميع شرائطه الموجودة فيه لا يكون ذلك صحيحاً حقوقياً وبعد ان كان حقوقياً يمكن جعله للاسترباح وللمضاربة وعلى هذا فاذا شرط في العقد الذي وجد للاسترباح لا تكون الشرائط النافذة فيه مختصةً بنفسه بل ولا يصح ان يكون نافذاً للشركة لان الشركة أمراً قد مضى في جانب الموضوع ولهذا شرائط الحكم لا يمكن ان تكون نافذةً لعلته فيجرى عليه احكام الاسترباح من دون ان يكون خلاف اطلاقات الشركة لانه يكون في رتبةً الموضوع وما في رتبةً الموضوع يستحيل ان تكون شرائط الحكم مقيدة له ولا مطقلة فاطلاقات ادلة الشركة أجنبية عن ذلك حتى يقال بانه خلاف مقتضى العقد أو انه خلاف اطلاقه اذ الاطلاق لا يمكن ان يكون شاملاً له حتى يفرض خلاف اطلاقه أو خلاف مقتضاه اذا المقتضي كما قد عرفت انه مع وجود مقتضيه في اصله ووجود اطلاقه باصله يكون موضوعاً للاسترباح والتجارة وكما عرفت بأن المضاربة هي التملك للعمل

....

المربح بمجرد العقد ولو لم يظهر وبمجرد ظهوره يدخل في ملك العامل من دون ان يكون داخلاً في ملك المالك ويكون ذلك من اصل مقتضياته وكان الاشكال لعدم التدبر فاذا اشتركا في مال وبعد الاشتراك ارادا الاسترباح من المال يكون العمل من الشركاء يستربح من المال ويكون الربح بينه وبين باقي الشركاء والحال انه لم يكن العامل الا مشتغلاً بالاسترباح والشركاء الآخرون انما يكونوا مالكين والمشتغل بالمال يكون كالعامل ولا اشكال في ذلك حتى بناءاً على رأي المشهور وصاحب الجواهر الذي ينادي بذلك فلو كانوا شركاء عشرة وشركتهم الشركة الحقيقية على رأي المشهور فيمكن ان يكون احدهما شريكاً وعاملاً ويمكن ان يكونوا جميعاً شركاء وعاملين فان ذلك لا يفرق من جهة انه يمكن ان تكون عشر مضاربات وان تكون مضاربة واحدة ولا اشكال في ذلك ولا بد من استجماع جميع شروط المضاربة بجميع انحائها من دون ان تكون اطلاقات الشركة نافذةً فيها اصلاً .

وبعد ان كانت اطلاقات الشركة غير شاملة له وتكون اطلاقات المضاربة شاملةً له تجرى عليه احكام المضاربة بجميع شؤونها ويترتب عليه احكامها حذو النعل بالنعل .

الفرع العشرين : اذا شرط كون الخسارة على عاتق احدهما فان هذا الاشتراط يكون على نحوين فان كان المشتركين متضاربين فيكون كليهما أمينين في المال في اصله وربحه واذا كانا امينين فالعامل أمين والشريك ايضاً أمين وفي هذا المقام إن أجريا عقد المضاربة في شركتيهما فاذا شرطا كون الخسارة على العامل منهما يجري فيه التفصيل المتقدم في كتاب المضاربة من ان هذا الشرط يجب الوفاء به ما دام عقد الشركة موفياً له واذا فسخا عقد المضاربة أو فسخا عقد

. . . .

الشركة على رأي المشهور لم يجب الوفاء بالشرط وهذا بتفصيله قد تقدم في كتاب المضاربة ويكون هذا الشرط غير مخالف لمقتضى عقد الشركة ولا مخالف لمقتضى عقد المضاربة وعجيب من ان الشريكين أمينين وقاعدة الامانة اذا كان التخصيص وارد على قوله على اليد كان اشتراط الضمان واشتراط النفع لواحد دون الشريك الآخر يكون ذلك خلاف مقتضى العقد كما ان البعض لما كان قائلاً بانقلاب النسبة كانت هذه الامور خلاف مقتضى السنة ولكن قد مر سابقاً ان الايادي الامانية خارجة عن عموم على اليد بالتخصص بحيث لم يكن شاملاً له حتى يخرج منه بالتخصيص وبعد ان كان الامر كذلك فكون الربح لاحدهما دون الآخر يكون هذا الشرط غير مخالف لمقتضى العقد ولا يكون مخالفاً للسنة وعلى هذا فان هذا الشرط نافذ ويكون الشرط لازم الوفاء ما دام العقد موجوداً للشركة أو للمضاربة لازماً كان كما يقول به الجواهر أو جائزاً كان كماذهب اليه المشهور.

الفرع الحادي والعشرين: اذا اشتركا في مال وبعد انعقاد الشركة يشترط الشريكان المضاربة في ماليهما فيكون كلاهما مالكاً وعاملاً لكل منهما اذ المفروض ان كليهما يعملان في المال المشترك بينهما فطبيعة المضاربة واردة على حصتيهما ومن المفروض ان كليهما يشتغلان بالمال والربح الحاصل بينهما يكون وارداً على مال المشترك فيكونا امينين لكونهما مالكين ويكونا أمينين لكونهما عاملين ومن المفروض ان يكون الربح الحاصل من عملها وارداً على رأس المال والمال مشترك بينهما فيزيد رأس المال من عملهما فيشتركان في الزيادة بنسبة العمل لا بنسبه المالين والذي يحكم بان الشركة في العمل تكون باطلةً لا بد وان يحكم بالبطلان والحال ان هذه الشركة لا يحكم ببطلانها لا الشركة ولا المضاربة الناتج منها العمل وكل واحد من الشريكين انما يتجر لنفسه ولا اشكال ان

نعم هو مخالف لمقتضي إطلاقه ولاقول بأن جعل الزيادة لاحدهما من غير ان يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة بل هو أكل بالباطل كما ترى باطل [(١)].

التجارة الحاصلة من كل واحد من الشريكين ربما يزود منها ربح وربما يقل ولا يكون ذلك باطلاً.

الفرع الثاني والعشرين: اذا اشترك الشريكين في المال وبعد الاشتراك في الاتجار بالمال ـ سواءً كان كليهما أو جميع الشركاء بتجارات متفاوته كما هو المعمول به في الخارج ـ فكل واحد من الشركاء انما يأخذ من الاموال المشتركة ويتجربه ورأس السنة يتحاسبون في الاصل والمقدار الذي أخذوه من رأس المال والمقدار الذي أخذوه لصرف احتياجاتهم الشخصية ويرون ان رأس المال قد زيد أو قد نقص فان كان قد زيد يجعلوا الزيادة في الشركة ورأس المال الذي كانوا قد اشتركوا فيه ولا يكون العمل الصادر منهم مورد الحساب بل ولو كان مورد الحساب انما يكون نظرهم برأس المال ومن المفروض ان الربح الحاصل لهم انما يزودون الشركة بذلك وكلما اخذو لصرف احتياجاتهم الشخصية يكونوا آخذين من الشركة لانهم اخذين من الشركاء ويرون ان الشركة مأخوذ منها مقدار أو مزاد مقدار آخر فيرون طرف الآخذ لذلك وكان الاسترباح بهذا المال يقتضي ان يدفع مالاً للشخص الخارج عن المساهمين لتحمله مسؤولية وجود الربح للشركة فان ذلك يكون من مقتضيات الاسترباح ويكون حاكم على أدلة الشركه والتجارة بحيث لو لم يعمل على طبق مقتضى ذلك يكون ضرراً على المالك وذلك تنفيه اطلاقات عقد المضاربة.

(١) على المالك وذلك تنفيه اطلاقات عقد المضاربة.

فتبين مما ذكرنا ان هناك اطلاقات للشركة الحقيقية.

. . . .

ان هنـاك اطلاقـات للشركـات الحـقوقية وان هنـاك اطلاقـات للاستربـاح والمضاربة .

فانه تارة يشارك للاستفادة من أصل الشركة ولا أشكالَ ان الشركة لها آثارها الخاصة بها كما ذكرنا مراراً وذلك عبارة عن التسلط على مال غيره مضافاً لمـال نفسه ويكون هذا عبارة عن السلطنة الصرفة التي لها آثارها الخاصة بها ولا يكون المقصود منها الاسترباح والتجارة ويكون شـرط الزيـادة بـعد ان كـان عـلى رأي المشهور كونه عقداً جائزاً فجوازه يجعل الشرط الواحد فيه ايضاً جائزاً ولا يكون الا تابعاً لموضوعه كما ذكرناه مراراً حتى في صحيحة رفاعة .

وبعد انعقاد الشركة الحقيقية تتشكل شركة حـقوقية خـصوصاً عـلى رأي المشهور يكون الملاك متداخلين والايادي للشركاء كلها حصصاً متداخـلة وكـل واحد من الشركاء له اليد بهذه الحصص ويكون له التصرف أختياراً من دون أذن باقي الشركاء هذا على مبنى المشهور .

وعلى مبنانا تكون بعد عقد الشركة كما يقوله المشهور تكون الشركة حقوقية وبعد حقوقيتها يكون مبيناً لاي شيء شكلت من أجله هذه الشركة ويكون المسلط على ذلك الهيئة الاجتماعية للشركة من دون ان يكون للمساهمين أختيار في هذه الشركه وذلك الهيئة الاجتماعية يكون لها التصرف في الاموال مـن دون أختيـار للشركاء المساهمين في ذلك وهذا ايـضاً يبـاين الشـركة التـي خـصصت لاجـل المساهمين .

وفي هذه الشركة الحقوقية تارة يشترط ان يكون العمل فيها للاسترباح وتارة للاستفادة من نفس الاشتراك اما اذا شرطت فيه المضاربة فقهراً بهذا الشرط يخرج عن اطلاقات الشركة ويدخل في اطلاقات المضاربة وتجب فيه شرائطها وان كان

. . . .

المضارب هو احد المساهمين يكون جامعاً لاطلاقين ولكن في التجارة والاسترباح يكون اطلاق الاسترباح حاكماً على باقي الاطلاقات ويكون الاشتراط لمن لا يكون سهيماً في الشركة ويصح ذلك وذلك لاطلاقات المضاربة اذا كانت مصلحة الربح مقتضيةً لذلك ولا يكون خلاف مقتضى العقد بل هو مقتضي له هذا على مبنانا.

واما على مبنى صاحب الجواهر والذين قالوا بان الشركة عبارة عن وجود ماهية ثالثة فان معنى ذلك لا تكون الشركة حكمية والشركة الحكمية لا يجوز فيها التصرف في المال المشترك الا باذن باقي الشركاء وأذن باقي الشركاء كالشركات القهرية فلا تحصص في ايادي الشركاء فلا بد ان يكون التصرف في مال الشركاء مأذوناً من قبلهم حينئذ يكون اشتراط الربح لاجنبي خلاف مقتضى الشركة لو فرضنا الشركة الحقيقية لان الشركاء ليسوا مالكين الا بقدر سهامهم والشركات الحقيقية يكون الربح فيها تابعاً للاصل فاذاكان الاصل فرداً مردد فقهراً لا يملكون الا الفرد المردد ولا يملكون الاصل والربح الحاصل من الافراد الحقيقين فيكون اشتراط الربح لاجنبي خلاف مقتضى العقد ويكون خلاف السنة اذ أن استملاك الافراد للشيء الواحد ليس لهم الا اليد على الشيء المبهم لاءنهم كلهم مالكين بنحو الاشاعة ومالكيتهم بنحو الاشاعة تجعل اليد الموجودة على المال على نحو الفرد المردد ولا يعتبر العقلاء هذا الاستملاك وعلى هذا فان الشركاء اذا كانت شركتهم قهرية كان اشتراط الاجنبي خلاف مقتضى العقد واشتراط الربح لواحد منهم أقل أو أكثر يكون أيضاً خلاف مقتضى السنة لانهم يستملكون الحقيقي والربح تابع للاصل هذا على مبنى الماتن وصاحب الجواهر والبعض الذي يرى الشركة الحقيقية هي الانقلاب بالطبيعة الثالثة وعلى فرض القول به لا يستقيم القول

. . . .

بان الربح أجنبي عن باب الشركة فان أجنبيته لا بد وان تكون بالشركة الحقوقية ولا يتصوره القائل به.

واما صاحب الجواهر فان كلامه أجنبي عن كلام هذا القائل لانه يرى عقد الشركة لازماً وما يكون لازماً لا تصح الاشكال الذي ورد عليه فحكم بالجواز في عقد الشركة ويستهجن كلام صاحب الجواهر، فذلك أمر يمكن ان يكون شأن المقرر ذلك وعلى هذا فان كلام صاحب الجواهر من القول باللزوم يكون الشرط الواحد فيه لازماً ويكون أوفو بالعقود شاملاً له وشاملاً المؤمنون عند شروطهم ويرى صاحب الجواهر ان شرط الربح يكون لازماً حتى لاجنبي لان عقد الشركة لم يكن من شأنه الربح وذلك يكون على المنوال الذي نحن نقول به وتكون شركة حقوقية والشركة الحقوقية يستحيل جريان اطلاقات الشركة شاملة لها وصاحب الجواهر ينادي بان عقد الشركة ليس له تأثير في الشركه العرفية وانما يكون شأن العقد للزوم فقط وهو خلاف ما ارتكز عليه المشهور وعلى هذا فالحق ما قلنا بان الشركة الحقيقية اولاً وبالذات وبعد تشكيل الشركة الحقيقية يكون الربح من آثار الشركة الحقوقية وبعد الشركة الحقوقية اطلاقات الشركة الحقيقية يستحيل شمولها للشركة الحقوقية ويكون الربح حاصل من الشركة الحقوقية وهذه الشركة الحقوقية اذا كان شأن الربح ان يشارك الاجنبي الغير مساهم في الشركة يكون الشرط نافذاً حسب اطلاقات الاسترباح لاحسب اطلاقات الشركة لانه لا دخل باطلاقات الشركة للمقام وقد تبين في ضمن الفروع المتقدمة كيفية وجود الشرط في العقود الجائزة وبناء على لزومه فقد قررنا ان الامر لا يكون كما ذهب اليه القوم والكلام الذي ذهب اليه الماتن فذلك نتيجة، فان المشهور القائلين بالشرط في صورة العمل أو زيادته فان ذلك يجري في الشركة الحقوقية لا في أصل الشركه وكذلك

ودعوى أن العمل بالشرط غير لازم لانه في عقد جائز مدفوعة:

أولاً: بانه مشترك الورود اذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل أو زيادته.

وثانياً: بأن غاية الامر جواز فسخ العقد فيسقط وجوب الوفاء بالشرط والمفروض في صورة عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به(١).

في فرض الفسخ يكون الاسترباح منفسخاً لا أصل الشركه الحقيقية فيكون أصل الشركة باقياً لا ينفسخ الا باحد موجباته من الخيارات.

(١) **وثالثاً**: ان المشهور برمتهم انما يرون الاسترباح الذي شكلت لاجلها المضاربة خاضعاً لشرائط المضاربة ولا يكون ذلك دائراً مدار أصل الشركة الحقيقية فتكون هذه الشرائط في الرتبة الثالثة لنفس الشركة الحقيقية.

ورابعاً: ان الشرط لو كان موجباً لبطلان العقد وكان خلاف مقتضاه كان خلاف مقتضى المضاربة التي تكون واقعاً في الشركة فانه كان خلاف مقتضى السنة أو العقد كان خلاف مقتضى السنة أو عقد المضاربة والحال انه لا يكون كذلك وما فرضه الماتن ومن حذا حذوه فانه أجنبي عن الشركة وان كان موجباً لخلاف ذلك لكان خلاف مقتضى السنة في المضاربة، من المعلوم ان توافق المشهور والاعاظم من المتقدمين كان توافقهم بعدم شرط الزيادة في المضاربة ومن هنا نستكشف ان المشهور القائلين بعدم بطلان هذا الشرط انما كان نظرهم بعدم اضرار الشرط لزيادة في المضاربة.

وخامساً: ان تفصيل الشركة بنحوين الذي ذهب اليه بعض الاساتذة فان الظاهر من كلمات بعض الاصحاب هو ان الشركة على نحوين وان الشركة الحقيقية هي التي تكون شركة في الاملاك وهناك شركة قهرية وتكون هذه الشركة من دون

. . . .

قصد كالشركة في الارث وكذلك الشركات القهرية الآخرى وتكون هذه الشركات تارة مختلطة وتارة غير مختلطة وعلى جميع التقادير يكون أمرها هي الشركة الحكمية ولا يجوز تصرف كل واحد من المالكين الا باذن باقي الشركاء ، وعلى هذا فالشركة الحقيقية هي الشركة في الملك وتمتاز عن الشركة الحكمية هو ان تكون الشركة الحقيقية فيها يجوز التصرف لكل واحد من الشركاء في ملكه بدون اذن باقي الشركاء لان له يد على مال نفسه وشريكه ولا يحتاج الى أذن باقي الشركاء وهذا بخلاف الشركة الحكمية حيث ان التصرف الغير مأذون من باقي الشركاء يكون باطلاً وعلى هذا فتقسيم بعض الاساتذة لا يكون تقسيماً للشركة وانما يكون تقسيماً بين الشركة الحكمية والحقيقية .

وثانياً : ان في الشركة الحكمية اذا ترى راضياً في التصرف بالربح والاسترباح كان الامر كما ذكر اذ يكون مالاً مختلطاً بين الشركاء وكان الاذن في التصرف الغير عقدي ولا يرضى بهذا التصرف الا ان يكون المأذون له ثلثين والآخر له ثلث واحد وهذا مما لا كلام فيه ولا يكون نظر الماتن عمومياً لذلك وهو خلاف المفروض في الشركة المبحوث عنها .

وثالثاً : ان الاسترباح لا بد وان يكون ناجماً عن العقد ومن الواضح ان اعطاء المال للاسترباح يكون مضاربة معطاتية ولا بد وان تخضع للقواعد الموجودة للمعاطات والا كان اكلاً للمال بالباطل وعلى هذا فلا يمكن الا ان يكون المالك متفقا بينهما ان يكون للعامل ثلث الربح وللمالك ثلثين من الربح وهذا لا اشكال فيه ويكون أوفوا بالعقود شاملاً له ولا يكون المؤمنون شاملاً له لانه عقد شرط فيه الثلث والثلثان ولا يكون الا من الشروط الابتدائية الغير شاملة لعموم الشرط والانشائية اللفظية .

. . . .

وخامساً : ان هذه الشروط وان لم تكن مسببة لايجاب تملك المشروط له على المشروط عليه لانعقاد الشرط الا انه كما ذكرنا يوجب خيار المشروط له بخيار الغبن دون خيار الشرط لعدم الانشاء بذلك .

وسادساً : ان هذا الشرط وان لم يكن مذكوراً في العقد وكان عبارة عن شرط ابتدائي الا انه يستلزم ان يكون عند مخالفته لهذا الامر الذي بنيا عليه واذن المالك التصرف في المال المشترك يكون بمخالفته ـ خائناً في مال المالك وخيانته لا توجب ارتفاع الاذن في التصرف ولكن لا يكون أميناً ، فعدم امانته يوجب ان يكون ضامناً للمال المتصرف .

وكل ذلك يكون خلاف ما فرضه الماتن وان كان اراد الفرار من المطر الى الميزاب ولا أشكال ان عقد الشركة المملكة يكون الشرط الذي بنى المشهور على عدم ايجابه لانه بناء على اشتراط الشيء في العقد الجائز لا يكون لازم الوفاء به ، لان المشهور في العقود الجائزة لا يرون لزوم الوفاء بالعقد فكيف بالشرط الواقع في ذلك فالمنحازون الى هذا المعنى يحكمون بعدم وجوب الوفاء بالشرط لعدم الوفاء بالعقد فما دام العقد موجود يجب الوفاء بالشرط ولكن حيث لا يلزم الوفاء بالعقد لا يلزم الوفاء بالشرط .

واما كون الفسخ حل العقد من حينه فذلك على رأي المشهور من التبعض في العقد على فرض ان يكون العقد جائزاً يكون الفسخ تبعضاً في الفسخ .

ويقول الماتن بان معنى الفسخ لا يكون حل العقد من الاول فذلك جواباً لبعض الاساتذة من انه لو كان المعنى هو الاذن في التصرف لكان الفسخ عبارة عن ايجابه لعدم الاذن من الاذن من الاول لان احد الشركاء اجاز للشريك الآخر التصرف في المال وشرط عليه ان يكون تصرفه بربح الثلث والثلثين وشرط عليه

وليس معنى الفسخ حل العقد من الاول بل من حينه فيجب الوفاء بمقتضاه مع الشرط الى ذلك الحين هذا ولو شرطا تمام الربح لاحدهما بطل العقد لانه خلاف مقتضاه ، نعم لو شرطا كون تمام الخسارة على احدهما فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً[١] .

الاذن بحيث يكون ثلثاً وثلثين فيكون هذا الاذن على هذا النحو من التصرف فاذا خالف هذا الاذن كانت الاجازة في التصرف باطلاً وبطلانها يوجب ان يكون المقدار الذي تصرف فيه لم يكن له أذن التصرف فيه الا باقتضاء الاذن وحينئذ تخيل كونه مأذوناً فيكون خيال الاذن وبعد ان كان تخيلى يكون الفسخ موجباً لعدم الاذن من الاول وهذا يكون مصير بعض الاساتذة ولكنه رجع الى الشركة العقدية بعد ذلك .

ولكن مراد الماتن هو الشرط في الشركة والتبعيض في الفسخ كما ذكرنا.

(١) ومن الواضح ان في كل العقود يكون العقد. لا يقتضي شيئاً أو ان تبعية الربح للاصل لا تقتضي شيئاً الا كونها فى سلطنة المالك فان شرط الشريك له لا يكون خلاف مقتضى العقد ولا يكون خلاف مقتضى السنة كما أجبنا عن بعض المعاصرين وكذلك المقام.

وعلى هذا فاذا شرط كون تمام الربح لاحد الشريكين لا يكون مورد البطلان لانه لا يكون مانعاً من مقتضى العقد لان العقد يكون موجباً لدخول الربح فى الملك واذا ملكه بالشرط كان ذلك صحيحاً ولا يكون خلاف مقتضى العقد لما ذكرناه ان في هذه الموارد يكون خروجه تخصصاً لا تخصيصاً فلا يلزم الاشكال وما صار اليه بعض الاساتذة انما كان ناشئاً من انقلاب النسبة التي لا نقول بها.

واعجب من ذلك انه بعد ان قال بان كون الربح بتمامه للشريك الاول يكون باطلاً فحكم ان الشرط كون تمام الخسارة لاحدهما يكون لازماً صحيحاً.

....

ولكن الذي يمكن ان يصار اليه أولاً ان اشتراط كون تمام الربح لا يكون خلاف مقتضى العقد ولا مقتضى السنة كما عرفت الكلام فيه مفصلاً.

وكذلك الخسارة فانها لم تكن خلاف مقتضى العقد ولا مخالفة لمقتضى السنة فايضاً يكون اشتراطها في عقد الشركة صحيحاً لا يوجب بطلان العقد ولا بطلان الشرط وان كان على نحو وحدة المطلوب كما توهمه بعض الاساتذة ويكون اشتراط الربح لاحدهما واشتراط الخسارة سيان فى انعقاد العقد وانعقاد الشرط واما كلام الماتن فان كلامه يظهر ان تمام الخسارة يكون على عاتق احدهما معناه تحمل الخسارة وتحمل الخسارة اشتراطه لا يكون منافياً لمقتضى العقد لما كان الربح بينهما والخسارة كل على ماله لاءن كليهما مالكين للمال ومن المعروف ان الارباح يستملكانها والخسارة يخسرانها ولكن هذه الامور لا تكون بنحو اقتضائها وعدم اقتضائها فاذا تحمل الخسارة أحد الجانبين لا يكون خلاف مقتضى العقد فيمكن لاءحد الشريكين ان يتحمل الخسارة مجاناً للآخر كما قلنا بذلك فى المضاربة فان شرط تحمل الخسارة لا يكون خلاف مقتضى العقد ولا يكون مخالفاً للسنة فلا يكون تحمل الربح على خلاف القاعدة ولا تحمل الخسارة يكون على خلاف القاعدة ومضافاً بان يكون تحمل الخسارة مجاناً مشترطاً فى العقد خلاف مقتضى العقد فان الانسان يكون له استيلاء تام لما ملكه ويهبه الى الغير ولا يمكن لا حد منعه ولو بالشرط فاما قولهم انه مقتضى اصل العقد أو مقتضى اطلاق العقد لا للسنة ولا للعقد.

(**مسألة ٦**): اذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من احدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انضمامهما فهو المتبع ولا يجوز التعدي، وان اطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر[1].

---

(١) في هذه المسألة عدة فروع:

الفرع الاول: اذا أجريا عقد الشركة واشترطا ان يكون العمل من احدهما بنحو الاستقلال بحيث يكون بعد انعقاد الشركة، ولا اشكال ان العقود الاذنية قليلة المؤونة وانما يكون ايقاعها بالشرط ومن الواضح ان عقد الشركة عبارة عن تسلط أحد الشركاء على مال غيره مع مال نفسه وهذين الشريكين احدهما اقتصر على الشركة واجاز للثاني العمل في هذا المال بالاسترباح وقد تقدم ان هذا الاسترباح انما كان من اموال الشركة وبعد الاشتراك تكون الشركة حقوقية وبعد حقوقيتها يكون احدهما عاملاً بمال الشركة وهناك كلام في المقام وهو ان اشتغال احد الشريكين بالمال هل يحتاج الى اذن باقي الشركاء ام يكون كل منهما مستقلاً بالتصرف في المال المشترك اذ بعد انعقاد الشركة. بالشركة العقدية يكون مالكاً للاموال الشركة وموضوعاً يده على ما يملكه الشركة بحصه منه يوده يده الموجودة على مال المشترك باعتبار سلطنته على الشركة الحقيقية فيكون له اليد الحقيقية بالمال المشترك ومن الواضح ان اليد الموجود لكل واحد من الشركاء حصه خاصة من اليد على مال المشترك فيكون كل واحد من الشركاء له السلطنة تامة على هذا المال المشترك بحصه خاصة والخصوصية انما يكون من لوازم الشركة الحقيقية تابع لسلطنته لانه تابع لماله المشترك وهذه الحصة الخاصة من السلطنة يوجب ان يكون مفتوح اليد في العمل بهذا المال المشترك أي الشركة في السلطنة لا في المال وهذه السلطنة لما كان في قباله الغير الذي هو شريك فيكون حصه من السلطنة لا سلطنه تامة وهذه الحصة من السلطنة يوجب ان يكون مفتوح اليد في ما باذائه من الاموال ونتيجته ان تصرفاته في جميع مختاراً فيه وهذا معنى الشركه الحقوقية والشركاء

. . . .

الآخرين ايضاً كذلك فيكون ايقاع العقد معناه انهم كلهم بالخيار في التصرف لسلطناتهم فيكون واحداً منهم يريد الاسترباح بالمال فيكون الباقي الغير مقدمين على الاسترباح مالكين للمال وواحد منهم يكون عاملاً بالمال المشترك ويكون ذلك هو خلاف السنة ولا هو خلاف مقتضي العقد فيستربح بالمال ويؤدي ربح المالكين ويأخذ ربحه الخاصة له وعلى هذا فعلاً مبنائنا ومبني المشهور لا يحتاج الى الشرط ولكن ان كان هناك شرطاً فيكون الشرط ايجابياً بالمضاربة في العقد الشركة هذا على مبني المشهور ومبنائنا.

واما على مبني الماتن وصاحب الجواهر وكل من لا يفرق بين الشركة الحقيقية والحكمية وتخيل ان الشركة تكون في المملوكين لا في السلطنة فيكون الكلام في ذلك لا بد وان تكون الشركة التصرف برضا الشركاء فان اذن لواحد من المشتركين الاسترباح بالمال فايضاً يجوز ذلك وجوزه من جهة ان الربح وان كان تابعاً للاصل الا ان الربح يدخل في ملك المالك ويبيحه للعامل منهم وعلى هذا لا يكون مخالفاً لمقتضي العقد ولا انه مخالف للسنة ويجوز ذلك فيكون العامل مالكاً وعاملاً فيجب الربح للشركاء لكونهم مالكين ولنفسه لكونه مالكاً للمال وربح خاص لنفسه باعتبار عمله الصادر منه وعلى هذا ايضاً لا يرد عليه أشكال.

الفرع الثاني: اذا اشتركوا وبعد انعقاد الشركة شرطوا ان يكون العمال بالمال متعددين فالذي يعمل يكون مالكاً وعاملاً والذي لا يعمل يكون مالكاً فيجيء للذي يعمل الربح للملاك وله سهمين من الربح باعتبار كونه مالكاً وعاملاً.

الفرع الثالث: اذ اشتركوا وكانوا كلهم يريدون العمل بالمال المشترك فانهم مستقولن في التصرف في المال ويكونوا باعتبار المال مالكين وباعتبار عملهم عاملين سواء قلنا بالشركة الحقيقية أو الشركة الحكمية الذي قال به القائلون بعد بطلان القول

....

بكونه خلاف السنة وخلاف مقتضى العقد.

الفرع الرابع: لو اشتركوا في المال واراد واحد منهم الاسترباح من المال المشترك واراد الآخرون الاكتفاء بنفس الشركة من دون اجازة الاسترباح بالمال ففي هذا المقام لماكانوا راضين بالشركة الحقيقية على مبنانا من كون الشركة الحقيقية هي الاشتراط في الملكية لا المملوكية فالسلطنات المعقودة للشركة كلها على نحو تكون سلطنات خاصة لكل واحد من الشركاء فاذاكان احدهم يريد الاسترباح والآخرون لا يريدون الاسترباح في الاموال المشتركة، فلا اشكال ان هذه الملكيات المتعددة لها آثار خاصة تحيط بها وذلك لان شأن هذه السلطنات ان تكون امتنانية وكل ما يكون شأنه الامتنان لا يكون له اطلاق لخلاف الامتنان لنفسه كما لا يكون له خلاف الامتنان للغير فالذي يريد الاسترباح بالمال تكون الحصة من سلطنته ويريد بها الاسترباح والشريك الآخر الذي لا يريد الاسترباح له سلطنةٌ مقتضية لذلك، وعلى هذا يكون من جهة الامتنانية متزاحمين والدليل المرجع اليه أيضاً يكون كذلك لان أصل الملكية ايضاً يكون امتنانياً ودليل الشركة ايضاً كذلك ففي هذا المقام لو قلنا بان دليل الملكية الذي اشتركا فيه يخصص بالاختلاط في المملوكية على قولٍ ودليل السلطنة على قولنا بعد ان خصص بالشركة فيكون جواز التصرف لكل واحد من الشركاء أثره الوضعي قد خصص بجواز التصرف في المال المشترك باذن شريكه وبعد هذا التخصيص تكون الملكية الآتية من ناحية الشركة إن كانت قصيرة لا يمكن التصرف في ذلك الا باذن باقي الشركاء فلا اشكال انه يكون على رأي الماتن وصاحب الجواهر والمتأخرين من المعاصرين واما اذا لم نقل بذلك وقلنا بان المال كان لكل واحد خاصة والعقد الشركة العقدية فكان أجرتهما بانعقاد الشركة هو التملك للحصة الموجودة فلا يكون على المنوال الذي قال به الماتن.

. . . .

والتحقيق ان هناك عمومات وهي اولاً : الناس مسلطون على اموالهم .

الثاني : افوا بالعقود في فرض ان يكون عقد الشركة لازم الوفاء .

الثالث : تبعية النماء للربح لا يكون لها مجرى في المقام لان الربح المشاع يكون لايادي المشاعة .

الرابع : عمومات اليد الذي يكون دالاً على سلطنة ذو اليد على اليد الموجود لنفسه .

الخامس : ان اليد الموجود على مال نفسه أو مال غيره تكون امتنانية سواء كانت السلطنة مختصه به أو كانت مشتركة مع غيره .

السادس : عمومات باب المضاربة .

السابع : عمومات باب الشركة .

الثامن : عمومات المؤمنون عند شروطهم .

الفرع الخامس : اذا اشتركا في المال فتصرف احد الشركاء بالاسترباح ولا يكون مورد اذن الشركاء في الاسترباح في المال بل كانت الشركة مطلقة ، وارد احد الشركاء العمل بهذا المال المشترك فعلى مذهب المشهور يكون اطلاق الشركه مقتضياً للتصرف بكل انواع التصرفات الا ان يكون خلاف الامتنان لباقي الشركاء فان عموم اليد شامل له لانه شريك وبناء على ان تكون الشركة الحقيقية عبارة عن تداخل الاملاك وتداخل السلطنتين فالعمومات تقتضي ان يكون كل واحد بعد الاشتراك مفتوح اليد في المال المشترك الا ان يكون خلاف الامتنان للشريك الآخر فاطلاقات الناس مسلطون على اموالهم واطلاقات باب المضاربة واطلاقات باب الشركة يكون مورد الجواز لتصرف احد الشريكين في المال المشترك بعد ان كانت الشركة حقيقية .

واما ما صار اليه القوم باجمعهم وصاحب الجواهر والماتن وبعض الاساتذة

. . . .

وبعض من عاصرناه ، فانه يختلف المصير فيه فان كلام القوم يحكم بان بعد انعقاد الشركة تكون الاموال المشتركة القهرية ولارث وغير ذلك من تحصيل الشركة القهرية أو بدون قصد الشركه تكون اموال المشتركة يخصص كون الربح تابعاً للاصل وبعد تخصيصه يكون الربح تابع للاصل ويلاحظ نسبته مع الربح الحاصل من المال ومن الواضح ان في الشركة الاشاعية يكون تمام الربح مشاعاً فيحتاج التصرف في المال الى اذن الشركاء وعلى هذا تكون ايادي الشركاء يكون أيادي للفرد المبهم وكذلك ملكيتهم لتلك الاموال ملكية مبهمة وبعد ان خصص بهذا التخصيص فان شأن التخصيص ان يجعل ذات الاقتضاء ويقيد العموم بانه يكون ملكية كل واحد من الشركاء انقلاب النسبة بينه وبين المخصصات الواردة ، وعلى هذا كما يراه القوم بان كل شرط يكون خلاف تبعية الربح للاصل يكون شرطاً مخالفاً للسنة ويكون كل شرط خلاف ذلك يكون مخالفاً لمقتضى العقد ولكن هذا المبنى خلاف ديدن المتفكرين في الفقه والاصول المبنية عليه الفقه ولذلك يكون هذا الكلام خلاف الظاهر لما حققناه في الاصول من ان العمومات انما تقبل التخصيص على منوال واحد من دون ان يكون العام الاول مخصصاً ثم يرى ان نسبته مع العام الآخر كيف يكون نسبته وعلى هذا فان التخصيص بان الربح تابع للاصل بالنسبةالى عموم الناس مسلطون على اموالهم وعموم الشركة في الملكية الذي يكون موضوع أوفوا بالعقود ونسبة الامتنانية للسلطنات الموجودة وعموم قاعدة اليد على الشيء يوجب الملكية وكون العامل المضارب يملك كل هذه التخصيصات الواردة على العام من ان الناس مسلطون على اموالهم في رتبه واحدة وبعد ان كانت هذه التخصيصات وادرة على العموم بنسبة واحدة فعلى هذا لا يكون العام الا باقياً على عمومه وبعد بقائه على عمومه ترد هذه التخصيصات عليه فيستلزم ما قلنا بان المشترك في المال يكون معناه ان السلطنة التي تكون للمشترك نافذة

. . . .

اذا لم يكن موجباً لخلاف الامتنان للغير من الذي هم مشتركين في ذلك ، ولذا قلنا بان دليل تبعية الربح للاصل يوجب ان يكون العام بعد التخصيص يرجع الى الخاص على مذاق القوم ويكون على طبق مبناهم خلاف السنة وكذلك على مبناهم يكون شرطاً للربح كله أو بعضه وبدون عمل يكون خلاف مقتضى العقد ولكن اذا انكرنا انقلاب النسبة يكون العقد غير مقتضي لانه يدخل الربح في من خرج منه المال والاصل ولا يكون شرط خلافه شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد أو السنة وتفصيل ذلك موكل في محله .

وعلى هذا فالتحقيق ان المشترك يمكن له ان يكون بعد تحقق الشركة ان يكون عاملاً للمال المشترك من دون شرط ، وان كان قد اشتراطا ان لا يكون كذلك لان الشرط يوجب ان يكون المشروط له مالكاً لذلك ويوجب له الحق بذلك وايجابه لخيار الشرط عند المخالفة ويكون المشروط عليه مقدما على خلاف الامتنان على نفسه في صوره المزاحمة بين تصرفه وتصرف الشخص المستربح وعلى هذا تكون النتائج التي قلنا بها .

فالاطلاق في عقد الشركة يكون كل المساهمين في هذه الشركة لهم التصرف في هذه الاموال المشتركة والاطلاق يقتضي ذلك واما على مبنى الماتن فان الشركه تكون حكمية ولا تترتب عليها هذه الآثار بل بالعكس لا يجوز التصرف لاحد في المال المشترك الا باذن شريكه ويقتصر في التصرف في المأذون دون التصرف على الاطلاق كما يراه القوم لان الناس مسلطون على اموالهم قد خصص بالاشتباه قهراً أو عن غير قصد للشركة على مبناهم الرجع الى هذه الامور ، ونتيجته ان ذلك يوجب العلم الاجمالي بناءً على الاختلاط أو الطبيعة الثالثة فلا يعلم ما هو ملكه أو ملك غيره خصوصاً على مبنى الطبيعة الثالثة ، ونتيجته انه لا يجوز التصرف لاحد من الشركاء الا باجازة الآخرين والاجازة الموجودة لا يمكن التعدي فيها عن ذلك الا برأي من أجيز منه وهذا ايضاً على رأي المشهور ، حيث ان بنائهم على ان يكون من العقود الاذنية

. . . .

ويكون مصيره مصير صاحب الجواهر والمتهدين برأيه وذلك يكون شأن جميع من يرى ان الشركة عبارة عن تداخل المملوكية واما شأننا من كون الشركة عبارة عن تداخل الأملاك فالمصير الذي صرنا اليه وبعد عدم القول بانقلاب النسبة فلا يكون تصرف احد الشريكين في المال مجازاً اذا لم يخالف الامتنان لباقي الشركاء والشرط لا يكون لغواً لما ذكرنا أنفاً.

وشأن الاطلاق في العقد يكون على المنوال الذي ذكره الماتن وجمهور المتأخرين ولكن على رأي القدماء بل مشهورهم هو الذي قلنا به لان تعريف الشركة باجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد وانكرنا انقلاب النسبة فيكون الامر على ما ذكرنا، فالاطلاق يقتضي صحة التصرف من كل شريك في مال الشركة اذاكانت عقدية وان كانت الشركة قهرية أوكما يراه الماتن والمحشين عليه لا يكون الاطلاق والاطلاق يقتضي ان يكون التصرف باذن الشركاء ولا يمكن التعدي عن القدر المأذون الا باجازة زائدة عن القدر المأذون فيه وهو الذي ذهب اليه الماتن والمشهور بين المتأخرين واما المشهور من القدماء الذي قال به المحقق ويكون على القاعدة هو الذي قلنا به ولا يمكن ان تكون الشركة الحقيقية الا بالمعنى الذي قلنا من استفادة الشركة بذلك ويترتب عليه نتائجه.

الفرع السادس: اذا اشتركوا في مال كاشتراكهم في المصانع الموجودة في هذا الزمان وكانت شركة عامة وان كانت هذه الشركة على مبنانا بعد انعقادها تنقلب الى الشركة الحقوقية وبعد انقلابها الى الشركة الحقوقية لجميع الشركاء فأنهم وان كانوا مديرين مفوضين في هذه الشركة وهذا القانون يجري عليهم في تصرفاتهم في هذه الشركة وان لم يكونوا شركاء فيه كان الامر فيه على ما اجاز لهم الشركاء عند كون الشركاء على منوال الاستفادة من الشركة فقط واما اذاكان للعاملين في الشركة سهمين

. . . .

في الشركة فلا أشكال انه على مبنانا يكون الشركاء مفوضين في العمل بالشركة على ما ارادوا من دون خلاف الامتنان لغير الباقي من المساهمين .

واما اذا قلنا بما صار اليه الماتن وصاحب الجواهر والمتأخرين من معاصرينا فسواء كان المديرون للشركة مساهيمن أو لم يكونوا مساهمين ففي تصرفاتهم لا بد وان يكون مأذوناص لهم من كل الشركاء واذ كان ماذون لهم من الشركاء لا بد وان يقتصر واعلى المأذون من دون تصرف زائد فالتصرفات الزائدة اذا لم يكونوا مأذونين فيها يكون التصرف فضولياً محتاجاً الى الاجازة وهذا بخلاف مبنانا كما مر .

الفرع السابع : زيادة الشركاء في الشركات العامة اذا قلنا بالشركة التي قلنا بها لا يحتاج الى اذن باقي الشركاء اذا كان امتناناً للشركاء الباقين وان لم خلاف الامتنان فيجوز زيادة الشركاء واما اذا كان خلاف الامتنان فلا يمكن لهم زيادة الشركاء في ذلك.

وهذابخلاف مبنى صاحب الجواهر والمشهور من المتأخرين حيث ان زيادة الشركاء لا بد وان تكون برضا باقي الشركاء وكذلك كل من يرى الاختلاط مميزاً لعقد الشركة لا بد وان يقول بذلك وكذلك حذف الشركاء فان الشركة بعد انعقادها اقتضت مصحلة الشركة ان تحذف من الشركاء الموجودين قسمٌ فان ذلك وان كان متوقفاً على التحصص في الفسخ والقسمة فان ذلك يكون برضا الحاذف من الشركاء وان كان باقي الشركاء غير عالمين بذلك.

وهذا بخلاف مذهب الجواهر والقائلين بالاختلاط في انه لا يمكن التصرف في المال المشترك الا برضا جميع الاطراف دون بعضهم .

الفرع الثامن : اذا انعقدت الشركة وكان الغرض منها الاسترباح بمال المشترك وشرط في ذلك ان يكون تشكيل الشركة للاسترباح فعلى مبنانا فالامر واضح اذ بعد ان

. . . .

كان الغرض من تشكيلها ذلك فلا بد وان يكون واجداً لجميع شرائط المضاربة فأن الجميع يريدون الاسترباح من هذه الاموال المشتركة فيكون لهم التصرف في أنحاء الاموال المشتركة بالتصرف الذي يجبي لهم الربح من دون ان يكون خلاف الامتنان للبقية ومن الواضح ان انعقاد هذه الشركة يرجع الى الشركة الحقوقية والشركة الحقوقية يكون مرجعها الى ان كل واحد من الشركاء مطلق العنان بهذا المال اذا لم يكن خلاف الامتنان للشركاء ولا يحتاج الى تعيين ان تصرفاته مورد التحاور وان قلنا بان الشرط له نتائج هامة وللمشروط لهم فان ذلك يوجب ان يكون مالكاً لعنوان الاسترباح وعند التخلف عن ذلك له خيار الفسخ كما انه للمشروط عليهم اذ لا يمكن لهم الاخذ بالتصرفات الغير موجبة لجلب الربح وهكذا يكون مقتضى اطلاقات المضاربة كما ان مع ظهور الربح يملك المستربح ويملك المالك الذي هو كباقي الشركاء فيكون المالك هو الشركة الحقوقية والعامل هو احد المساهمين في هذه الشركة .

ولا يقال بان عقد المضاربه باطل في المقام لان المستربح هوا المساهم فيكون نظير من باع شيئاً كان ملكه فلا يمكن تصوير المضاربة في المقام الا ان يكون المستربح هو غير المساهم في الشركة حتى لا يكون اخذه من نفس المال اذ يكون لنفسه ويرجع اصل المال والربح لنفسه ولا أقل من حصة منه فيكون عقد المضاربة باطلاً وانعقاد الشركة للاسترباح يكون باطلاً خصوصاً على نحو وحدة المطلوب .

لانه يقال بان عقد الشركة بعد ان كان حقيقياً فبانعقاده يصبح حقوقياً وما يخرج منه رأس المال لا يكون عاملاً بالشركة الحقوقية والذي يكون عاملاً هو الشخص الحقيقي ومن الواضح ان المسؤول لتدارك المال هو الشركة الحقوقية والرابح هو الشخص الحقيقي وعلى هذا فيكون الخارج منه المال يباين الشخصية الحقوقية والرابح للمال الشخصية الحقيقية والمتضرر على فرض الخسارة هو الشخصية الحقوقية والرابح

. . . .

هو الشخصية الحقيقية وعلى هذا فلا يكون الربح داخلاً على ملك الربح ولا المال متخذاً منه ويكون بينهما التباين بحيث لا يمكن ان يكون احدهما هو الآخر بل يكون بينهما المباينة كالملاك والعمال وان هذا الاشكال وارد على كلية العمال المضاربين بحيث لو ان مالكاً اراد المضاربة مع عامل وربح العامل فيى عمله المضاربي وارداد الاستمرار في هذه التجارة فقال له المالك استمر في هذه المضاربة من نفس هذا المال فحينئذ يكون شركة ويكون العامل المضارب مستمراً في عمله فيكون هو المالك والعامل فيستحق سهمين سهم بما انه عامل وسهم من جهة انه مالك وسهم للمالك وعلى هذا فلا يكون ذلك الا لطبيعة المالك ولو كان هو العامل وسهم للمالك كان نفس العامل أو غيره وعلى هذا فلا يكون المورد مورد الاشكال الا على نحو الاطروحة حتى لا يلزم الاشكال على ذلك .

الفرع التاسع : انعقاد الشركة للاسترباح لا بد وان يكون مورد اطلاق أدلة المضاربة ويكون هذا الاطلاق حاكماً على ان الربح متى وجد كان العامل مالكاً له ويدخل الربح الجزء المشاع منه في ملك من أخذ منه المال وذلك هو النصف وغير ذلك من القرارات يدخل في ملك الشركة فتكون الشركة مالكاً والمتجر عاملاً وعلى هذا فلا تكون الشركة الاشركة استرباحية لتمام المساهمين في ذلك ولا يحتاج الى الشرط وان كان الشرط ايضاً موجباً لتداخل الآثار المترتبة عليه .

الفرع العاشر : اذا اطلقا في الاذن وكانت الشركة شركة مضاربية بمعنى ان الشركاء اشتركوا ان يكون كلاً منهم عاملاً بالمال المشترك بينهم وكان هذا قرارهم عند انعقاد الشركة أو كانت الشركة في أول الامر عامةً ثم بنوا على المضاربة بالمال المشترك حيث المال عمالاً للشركة الحقوقية ويرجع الربح للشركة بما ان الشركة كمالكٍ للمال والمساهمين كلهم عمالاً للشركة وتكن اطلاقات المضاربة واردة عليه وحينئذ فلو كانت

. . . .

مصحلة الربح تقتضي ان يكون البيع نسية فلا بد من وجوب العمل بما تقتضيه مصلحة الربح ولا تكون اطلاقات الشركة واردةً في المقام وكذلك اذا كانت مصلحة الربح تقتضي السفر يكو لازماً للمضاربين وكذا ان كانت مصلحة الشُركة تقتضي عدمه لان دليل مصلحة المضاربة يكون حاكماً على أدلة الشركة وما قاله الماتن في المقام من ملاحظة المصلحة فلا بد من ملاحظة مصلحة الربح لا مصلحه الشركة لان الشركة اصحبت حقوقية ولا يمكن ان تكون أدلة الشركة شاملاً له لان أدلة الشركة انما يشمل الشركة مع قطع النظر عن الربح لان الربح حاصل من المضاربة واما الشركة فانما تكون الآثار المترتبة عليه هو التملك السلطنة على مال نفسه ومال غيره وحيث كانت المضاربة مورد للتوافق بين الشركاء فكان الاسترباح في الرتبة المتأخرة من الشركة وهذه الشركة لا يمكن ان تكون اطلاقاتها شاملة للمضاربة كما تقدم في ضمن البحوث الذي ذكرناها وعلى هذا فان المضاربة لما كانت أدلة حاكمة لجلب الربح وكان مقتضى ذلك هو ان يكون ما يقتضيه جلب الربح هو الذي تكون الاطلاقات مؤيدة له من دون نظر الى ما تكون الشركة مقتضيةً له ولا الى ما تكون اطلاقات التجارة مقتضيةً له ولا ما يكون دليل السلطنة مقتضياً له وكذلك السفر اذا اقتضاه الربح لا مانع منه ويأخذ مصرف السفر من أصل المال وكذلك الهبة للذي يشتري منهم الاموال يكون جائزاً له اذا كان الربح مقتضياً له وكذلك الهبة للذي يشتري منهم الاموال يكون جائزاً له اذا كان الربح مقتضياً له وكذلك جميع الشؤونات الجالية للربح يلزم عليه اذا كان شرط الاسترباح فيه وعلى هذا يكون شأن من يكون مشتركاً في المال واراد المضاربه بالمال المشترك كان جميع الشركاء هذا دأبهم أو كان هو الذي أراد بعد الشركة ان يضارب المال اذا لم يكن خلاف الامتنان للغير وعلى هذا تكون اطلاقات الربح حاكمةً عليه .

الفرع الحادي عشر : اذا تعدى عما عيّن له فان كان التعدي من جهة الامر بان

....

تكون الشركة الحقوقية معيناً لها تجارة خاصة وحكم بان تكون تجارة المستربح ان تكون ببضاعة خاصة وتعدى عن ذلك فان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده فلا اشكال ان يكون هذا التعدي موجباً للخيانة ولكنه لا يبطل العقد وذلك لان الشرط انما كان المضاربه كانت في الشركة الحقوقية وهذا الشرط الحاصل في الرتبة المتأخرة لا يمكن ان يكون عصيانه موجباً لبطلان الشركة ولا لبطلان المضاربة لان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده فيستحيل ان يكون التعدي عما عين له موجباً لبطلان الشركة ولا لعملية الاسترباح وحيث انه تعدى عما عين له يكون ضامناً للشركه الذي هو المالك ويكون غير أمين ويكون ضامناً لرأس المال والربح الحاصل من هذه المضاربة للشركة ويحصل على الربح المسمى الذي انعقدت الشركة معه ، هذا اذا تعدى عما أمر به المالك اعني الشركة الحقوقية وحيث كانت كذلك فان الضرر الوارد على رأس المال يكون مسببه ضامناً للشركة فيلزم ان يكون ضامناً لاصل المال والربح الحاصل من هذه التجارة .

واما اذا كانت الشركة ناهية عن التورط في بعض المعاملات فان المالك المضارب عن بعض المعاملات يوجب ان يكون التورط في هذه المعاملات المنهية يوجب عدم رضايته في هذه المعاملة ويكون التورط في المعاملة المنهية يوجب ان يكون خائناً والمعاملة فضوليةً ويكون محتاجاً الى اجازة الشركة وان خسر يكون ضامناً لاصل المال وللربح وعلى هذا فلا بد من القول ان جميع المعاملات المنهية غير جائزة الا باجازة الشركة ويضمن كما قلنا ولا يكون له الربح المسمى بل له عند ظهور الربح أجرة المثل لا أجرة المسمى كما تقدم مفصلاً في المضاربة مع ضمانه .

واحتياط الماتن لا يكون بملاحظة الربح وانما يكون الاحتياط منه بملاحظة الشركة والشركة أجنبية عن المقام فلا بد من ملاحظة الربح وعدم المفسدة لا يكون

. . . .

الشرط مقتضياً له ان كان الاسترباح بالشرط أو قلنا بان الشرط يكفي للمضاربة ولا يحتاج الى عقد مستقل فان ذلك يوجب ان يكون واجد لجميع شروط المضاربة وتكون اطلاقات المضاربة حاكماً عليه وبهذا يكون فرق بين الامر الذي خلافه يوجب ان يكون خائناً وتكون المضاربة صحيحة وبين ان يكون منهياً من قبل الشركة عن معاملة خاصة حيث ان ذلك يوجب ان تكون المعاملات الواقعة مع النهي فيه فضولياً وفضوليته توجب ان يكون محتاجاً الى الاجازة والمعاملات الواقعة قبل هذا النهي تكون صحيحةً والمعاملات الواقعة مع النهي الواقعة بعده كلها تكون فضوليةً ومحتاجةً للاجازة ويكون له أجرة المثل دون المسمى .

الفرع الثاني عشر : لو كان العامل اجنبياً ولم يكن داخلاً في ضمن المساهمين في الشركة وبعد انعقادها يرى مصلحة الشركة ان يضارب مع عمال لا يكون ذا سهم في الشركة فهذا يكون مضاربة وتكون اطلاقات المضاربة حاكماً عليه واذا تخلف عما عينته الشركة بالامر وخالف أمرها يبقى على ضمانه لرأس المال وللربح الحاصل من المضاربة ولا يرتفع ضمانه باجازة المالك وذلك لان على اليد لما كان شاملاً له فهذه اليد باقية واجازة المالك لا تبدل اليد الخيانية الى اليد الامانية لان اجازة التصرف في المال لا تجعل العامل مالكاً أو وكيلاً عن المالك حتى يرتفع عنه الضمان فيكون الضمان باقيا والعقد صحيح وهذه الجهة توجب ان تكون جميع معاملاته فضولية .

كما انه لو كان العامل غاصباً للمال وبعد غصبه اجاز المالك ان يضارب فيه فان هذه الاجازة لا ترجع اليد الخيانية الى اليد الامانية بحيث يوجب الانقلاب فيكون باقياً على الخيانية ويكون ضامناً للاصل واللربح الحاصل من المال والمقدار الذي يكون حصة المالك .

الفرع الثالث عشر : اذا كان هناك شريكان اشتركا في شركة قهرية أو كانت

. . . .

الشركة حاصلة بدون أختيارهما حيث تكون شركة حكمية فبهذا المجال لو اراد الشريك التصرف في المال المشترك ففي الشركات الحكمية ليس لاحد التصرف في المال المشترك الا باذن باقي الشركاء ومن الواضح اذا تصرف بشيء موجب لخلاف رضا باقي الشركاء كان غاصباً واجازة الشركاء بعد ذلك لا يوجب ان تكون اليد الخيانية امانية وعلى هذا تبقى على خيانيتها واكانت العقود الجارية صحيحة ويكون له أجرة المسمى .

وهذا بخلاف ما اذا كانت المعاملة الواقعية منهية فان النهي يوجب ان تكون المضاربة باطلة والمعاملات الواقعية تكون فضولية ويكون الربح الحاصل من هذه المعاملة له اجرة المثل .

هذا في الشركات الحكمية التي بناء القوم على ذلك واما الشركة الحقيقية التي قلنا بذلك وان هذه الشركة الحقيقية تصبح شركة حقوقية على التفصيل الذي ذكرناه فانه سواء كان أجنبي أو كان من المساهمين فان الشركة تكون مالكةً ويترتب عليه جميع الفروض التي ذكرناها ويكون ضامناً عند المخالفة ولا يرتفع هذه الضمان باجازة الشركة فيبقى على الضمان وفي عصيان النهي تكون المضاربة منفسخةً كما ذكرنا من دون اشكال وبهذا تعرف مصير القوم في المورد مع اطالة البحث .

الفرع الرابع عشر : بعد انعقاد الشركة اذا حصلت الآثار المترتبة على الشركة يتعاون المشتركون في ان يكون استفادتهم زائد على الشركة وان يستربحوا بهذا المال .

وعلى مبنانا يمكن ان يختلفا في الاسترباح في المال وتارة أخرى الشريك الثاني لايريد الاسترباح بالمال وحينئذ تكون الشركة مالكةً والمسترابح المساهم في الشركة يكون مالكاً وعاملاً وهذا قد تقدم البحث عنه وان باقي الشركاء يصل الربح لهم بما انهم ملاك ويصل الربح الى العامل ايضاً من ناحيتين ناحية عمله وناحية كونه مساهماً في

. . . .

مال الشركة وعلى هذا يكون هذا الاشتراط خارجاً من العقد ولا يكون العقد مقيداً بأن يكون الغرض منه الاسترباح ولكن هذه الجهة لا يكون موجباً لكون المضاربة واجباً عليه عند وجود العقد وانما يكون رخصة تامة واذناً عاماً خارج العقد ولا يكون هذا الداعي موجباً للاختلاف عن انه لو فسد عقد المضاربة الخارجية عن عقد الشركة.

وقد سبق منا مراراً عن انه لو كان الداعي على اجراء عقد الشركة هو المضاربة بالمال المشترك من دون ان يكون اشتراطاً في العقد فانه يتصور امرين امرقد تقدم منا ذلك واما للامر الآخر نقول به في هذا المقام :ـ

اما المقام الاول المتقدم عبارة عن ان الداعي على اجراء العقد غرض من الاغراض وكل غرض كان فان تخلف الغرض وان كان لا يوجب فساد العقد الا ان الغرض الموجود بعد ان كان اعتبارياً واراد العقد للحصول على هذا الغرض الاعتباري وبعد ان كان الغرض فائتا عنه يكون له خيار الغبن وام خيار الشرط فلا يكون موجود لأن الانشاء بالشرط لم يكن ، فيكون ذلك مجالاً لخيار الغبن الذي تضرر منه اعتبارياً هذا ما تقدم منا مفصلاً.

ولنا هنا بيان آخر وهو ان الارادات الموجودة في المقام لما كانت عبارة عن ان يكون الغرض الذي هو الداعي عليه تكون الارادة الواردة من العاقد لغرض خاص فتكون الارادة على نحو واجب المشروط فالارادة الواردة من الموجب معلقة وتعليقها يوجب ان لا تكون الارادة موجودة فيكون العقد باطلاً من دون ان يكون ذلك موجباً للفسخ اذ الارادة على ايجاد هذا العقد لم تكن مطلقة بل كانت ملازمة لوجود الغرض بذلك وان لم يحصل ذلك الغرض الموجود فقهراً يوجب ان تكون هذه الارادة مرتفعةً تلقائياً ولا يحتاج الى الفسخ ولا يكون موجباً لوجود الخيار فان المقام اذا كان العقد موجباً لضرر كان موجباً للخيار والمفروض انه لا يكون كذلك ولكن لما كانت الارادة

....

المجرية للعقد يكون معلقاً على أمر يتوقع حصوله ولم يحصل ذلك فان الشركة لا يقدم عليها كل احد الا باعتبارات خاصة واقدام الشريك على ذلك كان باعتباره الخاص ولم تحصل فيكون هذا الانشاء ضيقاً لا يكاد يشغل المورد الموجود ومن الواضح ان هذه الارادة حكمت لتحصيل الارادة التي بنيت على ذلك فقهراً عند عدم حصول ما اراده لا يكون له الارادة على العقد لان الارادة وجدت في حصة ضيقة من حيث الاقدام فعند عدم وجود الغرض الذي اشترك لاجله يكون موضوع العقد منتفياً وكل الواجبات المعلقة على الشرط عند عدم حصوله تكون منتفية وهذا المعنى لا يكون الانشاء فيه معلقاً ولو فرضنا تعليقه يكون شأن الواجبات المعلقة بذلك لان الارادة طارية على الصور الذهنية الماتة الى الخارج ويكون في جميع الاحوال فعلياً على ماهو موضوع بحثه في محله ، وعلى هذا تكون الارادة غير موجودة عند عدم تحقق شرطه هذا اذا كان مشروطاً في عقد الشركة .

الفرع الخامس عشر : فقد عرفت الاذن بعد العقد وما هو مصيره واما الشرط فانه يختلف ، وباختلافه تختلف آثاره فتاره يكون نشاء الشرط قيد الهيئة بمعنى ان يكون العقد مقيداً بالشرط فالانشاء الموجود معلق على الشرط فحينئذ اذا لم يف بالشرط يوجب ان يكون العقد منتفياً وهذاعبارة عن التقييد الذي كثير ما يصرح به الماتن ومثل هذا الشرط لا يحتاج الى « المؤمنون عند شروطهم » لان في العقود اللازمة كالمقام دليل أوفوا بالعقود يكون دالاً على لزوم العمل بالشرط وانه ان لم يشمله يكون العقد منتفياً فكيف شرطه ويكون العقد معلقاً على وجود الشروط وهذا لا يعني ان يكون العقد والشرط في رتبه واحدة بل العقد يكون الحصة الخاصة منه لازم الوفاء وهو الواجد للشرط وله نتائج :ـ

النتيجة الاولى : ذكرنا انه لا أحتياج الى « المؤمنون عند شروطهم » بل يكون

....

دليل أوفوا بالعقود يوجب الوفاء بالشرط .

النتيجة الثانية : انه لو كان العقد مضافاً لمقتضى العقد يوجب ان يكون الشرط والعقد كلاهما باطلين ولا مجال للقول بتعدد المطلوب ووحدته .

والنتيجة الثالثة : انه لا يوجب الخيار عند تخلفه لان بتخلف العقد يوجب ارتفاع العقد فلا يكون موضوعاً بان يكون العقد وادلة خيار الشرط غير شامل له ، لانه يكون شبهه مصداقية للعموم وعلى هذا فتكون هذه النتائج الشرطية المُضيق للعقود .

وهناك نوع ثاني من الشرط هو ان يكون العقد عبارة عن ايقاع النسبة وبعد ايقاع النسبة يكون انشاء الشرط وهذا الشرط حيث انه حاصل في الرتبة المتأخرة للعقد اذ ان القد بعد وقوعه يشترط عليه شرطاً يكون التزاماً في التزام وبعد ان كان هذا الشرط يحتاج الى « المؤمنون عند شروطهم » لان العقد واقع وبعد وقوعه يترتب عليه الشرط ، وهذا المعنى يكون مورد النزاع بان مع بطلان الشرط يبطل العقد او لا يبطل العقد ، وهناك مقام الاختلاف في الشرط فلو لم يرد وفائه يجري فيه خيار الشرط وقد قلنا بان هذه الشروط الصحيحة لماكانت مورد الشرط فيمكن ان تكون موجودة بعد ان وجد العقد وتملك المالك يملك العامل مالاً ، وعلى هذا فلا يكون خلاف السنة ولا يكون خلاف مقتضى العقد وعلى هذا تعرف ان في كل الشروط الموجودة في العقد لا يوجب بطلان الشرط ولا بطلان العقد .

الفرع السادس عشر : اذاكان الاشتراط بنوع خاص من التجارة فاشتراط نوع خاص من التجارة في فرضية ان العامل لم يكن سهمياً في الشركة وكانت الشركة كما يراها القوم شركة مختلطة أو كانت الشركة قهرية من أرث وغيره على مبنى القوم فاشتراط المالك ان تكون التجارة بنوع خاص فان كان ذلك الامر يوجب عليه المشي على تلك الكيفية والمفروض كونها بعد العقد لا في العقد فلا اشكال ان المالك يملك

. . . .

التجارة الخاصة على العامل بحيث يمكن مطالبة العامل على ذلك وان أمتنع يمكنه قهرة على ذلك اذ هناك انما اجاز التصرف في مال نفسه بهذا الشرط وحينئذ فقد عرفت مفصلاً ان هناك فرق بين الامر ومخالفة الامر وان كان هناك نهي من المالك للعامل الاجنبي فقد عرفت كيفية مخالفته كما ظهر ذلك مفصلاً.

وأما اذا كان العامل في التجارة سهيماً في الشركة وأمره باقي الشركاء ان تكون التجارة التي يتجر بها تجارة خاصة خارجةً عن عقد الشركة فان هذا الامر لما كان دخيلاً في ما اذا تصرف في المال المشترك على الفرض الذي ذكرناه فان هذا الشرط لما كان قاطعاً لعذر العامل فلا بد وان يكون المشي على طبق ما اراده ولا يمكن الحكم على خلاف ما تعين له ويكون كلام الماتن صحيحاً على مبنانا وبهذا المعنى يكون هناك افراداً قد اشتركوا في المال وعينوا واحد للقيام بالتجارة ولا تكون هذه شركه حقيقية اصلاً بل تكون شركة حكمية ولها جهاتها الخاصة فلا بد للعامل القيام به ومع التعدي عنه يكون تعدي عن المأذون اذن فيه لان على هذا المبنى لا تكون الشركة حتى بناء على الطبيعة الثالثة الا امر قد اشترك فيه الشركاء وكان الاذن على مبنى صاحب الجواهر لا يكون الا موجباً للزوم وعلى مذهب المشهور الجواز والشرط انما كان خارجاً عن العقد فلا يعقل الا ان يكون المالك أو احد الملاك اجاز للمشتركين ان يتصرفوا في ماله على نحو خاص وعلى هذا لا يكون مورد اللزوم على العامل الا بما اجازوا فيه هذا على مذهب صاحب الجواهر والمتأخرين من الفقهاء واما اذا قلنا بان الشركة بعد الاشتراك يصبح شركة حقوقية والشركة الحقوقية يقضي فيها للعامل ان يعمل بما لديه من الاموال وهذه الشركة الحقوقية تقضي بان يكون المال الذي لديه مشروط بالعمل على طبق الشرائط في هذا المقام واما الشركة التي تظهر من المشهور وعرفها المحقق الاول فذلك يختلف عن هذه الشركة وقد عرفت المصير فيه مفصلاً.

. . . .

الفرع السابع عشر : هذه كلها على مبنى الماتن والشركات الحكمية واما بناء على الشركة الحقيقية الذي استفدناه من المشهور فذلك يختلف في صوره ان يكـون الشرط خارجاً عن العقد أو يكون داخلاً في العقد فان كان خارجا عن العقد ففرقنا بين الامر حيث كان له آثار لان الامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده .

واما اذا كان عبارة عن النهي الخاص للعمل فلا اشكال في انه يوجب بعصيانه ارتفاع الامر بالمعاملة كما ذكرناه مفصلاً .

الفرع الثامن عشر : فان الشركة خصصت للتجارة في رأس مالها فـالحاكـم الاطلاق والاطلاق في المقام هو مايقتضي الاسترباح وتكون اطلاقـات الاستربـاح لا اطلاقات التجارة فان الاطلاقات الموجودة بعد ان كانت مشـروطة فـيه فـان الشـرط يوجب ان يكون مضاربه والمضاربة خاضعة للاسترباح ولا يكون الاطلاقـات الا مـا يوجب الربح وبهذا لا يمكن ان تكون اطلاقات الشركة حاكمة عليه والمتعارف فـي الاسترباح هو الذي يحكم على ذلك لا اطلاقـات الشـركة كمـا عـرفت ذلك مـفصلاً ويكون المأذون في المضاربة حال العامل في المضاربة من حيث انه لا بد وان يراعي مصلحة الربح وقد حكمنا ان العامل في المضاربة يكون الاطلاق مقتضياً لما يقتضيه الربح فالسفر الذي يكون مقتضياً له يكون العامل واجد له وان مـنعه صـاحب المـال فهناك له تأثير نتعرض له .

الفرع التاسع عشر : اذا انعقدت الشركة وكانت الشركة قد شكلت للاسترباح واجاز للعامل ان يسترbح بالمال وكان العامل اجنبياً عن الشركة فان العـامل الاجـنبي انعقدت منه المضاربة واقتضى الربح ان يسافر أو ان يشتري مـادة خـاصة للاستربـاح والمالك أو الشركة الحقوقية منعهُ عن ذلك فان منع المالك أو منع الشركة الحـقوقية لشراء الجنس الخاص أو للسفر وكان سفره جالباً للربح فيكون مورداً للتزاحم بين منع

....

المالك واطاعة المالك وبين ان لا يسترbح من هذا المال فان كانت هناك شركة وقلنا بلزوم عقد الشركة وكان الشرط في ضمن العقد بحيث يجب الوفاء بالشرط فلا اشكال ان الشرط انما يأتي في الرتبة المتأخرة عن العقد ومن المعلوم ان اطلاقات المضاربة ، وان العامل المضارب له تفويض عام لجلب الربح فهذا عموم تدل عليه عمومات المضاربة وهناك عموم آخر وهو الناس مسلطون على اموالهم وهذه السلطنة مسيطرة على العامل سواء كانت الشركة حقيقية أو كانت حقوقية فاطلاقات المضاربة تقتضي ان يكون العامل مسيطراً على جلب الربح وله اختيار تام في ذلك وكذلك يكون اشتراط المالك بشرط يعيقه عن الاسترباح يكون وجوب العمل بالشرط غير نافذ بنظر العامل ومن جهة اخرى تكون قضية السلطنة على الماتن توجب ان يكون العامل المضارب لا يتمكن من مخالفة الشرط فيكون تزاحماً بين الاطلاقات المضاربة واطلاقات السلطنة حيث ان ادلة السلطنة لما كانت امتنانية والعامل فامتنانية السلطنة يوجب ان يكون الشرط خلاف مقتضى اطلاقات الاسترباح فيكون الشرط باطلاً ويكون العامل له اطلاقات ما يجلب الربح من دون ان يكون الشرط مانعاً له لامتنانية السلطنة .

الفرع العشرين : العامل الذي يكون اجنبياً عن الاسهام في الشركة وكان اجنبياً كالبنوك التي تساعد العمال لان يسترbحوا بالمال فهذه العملات الصعبة التي تساعدهم لان يتجروا بهذا المال ويشترط عليهم التجارة الخاصة ويقضي منهم الربح لا يمكن ان يشترط عليهم ان يكون خلاف ما يستجلب الربح وان شرط عليهم وعلى العامل ان هذه السلعة لا يسترbح به بشكل يوجب مخالفته والعمل بالشرط لازم على العامل ولكن العقد صحيح لا لتعدد المطلوب كما يمكن ان يتوهم ذلك بل لان العمل بالمضاربة يقتضي ذلك والشرط الذي شرطه المالك أو البنك يكون خلاف مقتضى العقد ولا يكون خلاف مقتضى السنة الذي هو عبارة عن سلطنة الناس على اموالهم لان هذه

. . . .

السلطنة مضيقة من الاول بحيث لا يكون له اطلاق يشمل التجارات التي لا يكون له الاسترباح فيكون هذا الشرط خلاف مقتضى العقد ويكون خلاف مقتضى السنة .

الفرع الحادي والعشرين : ان تعدى عما عين له اذا كان دليل السلطنة شاملاً له واما اذا كان دليل السلطنة غير شامل له لا يكون التصرف على ما أذن له ضماناً للعامل هذا كله اذا كان العامل قد قبض المال لاجل ان يشتغل به للمضاربة وبعده لم يتصرف في المال فان الكلام في ذلك وان انعقاد المضاربة بالشرط ، لما كان صحيحاً عند المشهور مع استجماعه لشرائط ولكن العقد صحيح ، واما اذا كان عاملاً بالمال مع استجلابه للربح فذلك امر نفصله في المقام .

الفرع الثاني والعشرين : قد عرفت ان العامل المضارب سواء كان هو الشركة أو كان العامل اجنبياً فلا بد من ان يراعي الربح والاطلاقات تكون مؤيدة له ولكن لو كان السفر جالباً للربح لا يمكن ان تكون الاطلاقات مانعاً عنه لان المانعية بنظر الماتن انما هي الملكية والحال ان الملكية لا تكاد ان تكون مانعةً في المقام بل انما يكون مخالفة للاطلاقات الجالبة للربح فيكون مانعاً وموجباً للضمان وعلى هذا فلا يكون المتعارف كما يظهر من كلام الماتن فان المتعارف ما يكون جعل المال باختياره فالشركة اذن لها الاسترباح ومن المعلوم ان الاسترباح لا يكون الا مع البيع نسية والمتعارف في الربح لا يكون الا البيع الكلي مثلاً وان المتعارف في المقام ان يكون البيع مع الضرر في هذا المال فلابد وان يكون التعدي عنه الموجب للضمان هو البيع على نحو الغير متعارف وذلك هو المتعارف في جلب الربح ولو كان على خلاف شرط المالك عن العدول الى الغير متعارف فلا يكون المتعارف هو المتعارف في السوق لان المتعارف في السوق ان لا يبيعون الا نقداً وان المتعارف عند التجاران لا يبيعون الا بثمن المثل وكذلك غيره ما يكون متعارفاً للتجار فان ذلك يكون غير متعارف في

....

الاسترباح والماتن انما يريد المتعارف ولكن توهم بعض الاساتذة بانه هو المتعارف في التجار وليس الامر كذلك ولهذا ذهب صاحب الجواهر الى الجواز اذا كان بدون المفسدة واغرب من ذلك ما قاله بعض المعاصرين فلم يلاحظ اطلاقات الربح وحكم بما حكم في تقريرات بحثه ولكن لو لاحظ اطلاقات المضاربة واطلاقات الشركة واطلاقات الناس مسلطون على اموالهم لعلم ان اطلاقات المضاربة يكون حاكما على ان الملاحظ هو الربح وذلك باي صوره كان وان الناس مسلطون على اموالهم محكومة بعدم كونه خلاف لنفسه اذا لم يتصرف العامل بالمال وان كان متصرفاً بالمال كان دليل الامتنانية مزاحماً لامتنانية العامل وعلى هذا فيمكن للعامل بيعه مع المفسدة للتغلب على الربح كما تقدم في أول بحث الشركة فيما اذا تزاحمت مصلحه الشركاء الحقيقين مع مصلحه الشركة الحقوقية فان هاتين الملكيتين لما كانتا امتنانيتين فقهراً يلزم ان يكون اطلاقات كل واحد من السلطنتين قصير الشمول لما يكون خلاف الامتنان للثاني ويلزم ان تكون اطلاقات الربح حاكماً على ذلك ولا تكون المفسدة مضرةً للعقد ولا لمصلحة موجبة لبقاء العقد بل ما يكون موجبة لجلب الربح مورداً للمقام ولا يكون المورد مورداً لهذه التفصيلات فرب مفسدة لا تكون موجباً للضمان ولا لبطلان الاذن ويصح معه العقد ورب مصلحة وفائدة يوجب بطلان العقد وبطلان الاذن وموجباً للضمان ويصبح العامل خائناً في تصرفاته فلا بد من ملاحظة الاطلاقات وكيفية جمعه مع الاطلاقات الموجودة ولا يكون هناك انقلاب النسبة لان الكلام في ذلك هو الذي بعثهم الى قبول هذه الجهات وما احسن ما صار اليه صاحب الجواهر من الصحة مع المفسدة أو عدم المصلحة وهو الصحيح الذي اليه مع التفصيلات المتقدمة.

الفرع الثالث والعشرين: لو كان العامل مشروطاً عدم السفر بحيث كان مأموراً بالتجارة في بلدة وكانت الشركة الحقوقية أمراً له بذلك وعلم ان الربح لا يحصل في هذا

فلا يجوز البيع بالنسية بل ولا الشراء بها ولا يجوز السفر بالمال وإن تعدى عما عين له أو عن المتعارف ضمن الخسارة والتلف ولكن يبقى الاذن بعد التعدي ايضاً إذ لا ينافي الضمان بقاءه والاحوط مع اطلاق الاذن ملاحظة المصلحة وان كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة .

ومع الاذن بعد العقد أو الاشتراط فيه فان كان مقيداً بنوع خاص من التجارة لم يجز التعدي عنه. وكذا مع تعيين كيفية خاصة ، وان كان

البلد الذي أمره المالك بالبقاء فيه والمفروض انه تصرف في المال الذي اعطى له مضاربةً فعلم ان الامتثال لهذا الامر لا يكون موجباً للاسترباح فيدور امره بين ان يكون ممتثلاً لامر المالك ولا يستربح وبين ان يسافر ويحصل على الربح المراد من المضاربة ففي هذا المقام لماكان امر المالك بالبقاء يستلزم عدم الربح يكون هذا الشرط خلاف مقتضى العقد ويبطل الشرط ويكون العقد باقياً عليه ويجب عليه عند عدم فسخ المضاربة السفر ولا يكون ضامناً للربح ولا الاصل واما الروايات الواردة في المقام في المضاربة فقد ذكرناها في ذلك المقام وان المخالفة انما تكون في مورد يوجب خلاف الامتنان للمالك واما اذا لم يوجب خلاف الامتنان يكون صحيحاً فالمدار هو ان لا يوجب خلاف الامتنان وحينئذ كان مدى صحة الشرط وفساده هو ذلك كما تقدم في المضاربة وقلنا بان الادلة الدالة على الضمان ان كان العامل لم يعمل بما قاله المالك يكون ضامناً ولكن الظهور في المالك هو ان اطلاقه يقتضي ان يكون مالكاً مطلقاً واما اذا كان اطلاق المالك موجباً لخلاف الامتنان لنفسه أو للعامل لا يكون مالكاً على الاطلاق فلا تكون مخالفته موجبةً للضمان لا الاصل ولا الربح وهذا امر يكون مربوطاً بذلك الباب لا المقام وان كان المقام كان شرط المضاربة في الشركة موجباً لان يكون في الرتبة المتأخرة من عقد شركة المضاربة بجميع شؤونه ماضياً ويلزم بذلك ملاحظة شؤون الربح وشؤون الربح تقتضي هذه الامور التي قلنا بها .

مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفية ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة .

(**مسألة ٧**) : العامل أمين فلا يضمن التلف ما لم يفرط أو يتعدى[١] .

---

(١) هنا فرعان :

الفرع الاول : اذا انعقدت الشركة العقدية فان الشركة العقدية لما كانت عبارة عن الشركة في السلطنة والاستملاك والملكية يكون الشركاء أمينين في هذه المعاملة الموجودة بينهم وان لم يكن يريدون الاشتراك في الملكية ، والشركة في السلطنة والملكية أمر يتسابق اليه العقلاء ولا تكون مورد عنايتهم إلا هذه الجهة مع قطع النظر عن الاسترباح والتجارة فان ذلك امر خارج عن الشركة وهذه الجهة توجب ان يكون كل من الشركاء له يد على المال المشاع بينه وبين شريكه وهذا اليد المشاع لا بد وان يكون اميناً حتى يشترك مع الآخر ويكون له حصة من اليد على مال غيره مع مال نفسه وهذه الشركة تكون شركة حقيقية ولا يحتاج الى الاختلاط بل الاختلاط يكون حاصل من الشركة واما قبل الشركة لا تكون الملكية مختلطة وعلى هذا فان الاختلاط في الملكيه يوجب ان يكون الشركاء امناء في ذلك واما الاختلاط في المملوكية فذلك وان كان خارجاً عن الشركة الحقيقية الا انه داخل في الشركة الحكمية ويكون محل نزاع القوم .

الفرع الثاني : اذاكانت الشركة كما يراه القوم من صاحب الجواهر والمتعبدين بقوله وان الشركة بتحقق في المملوك دون الملكية وكونه مختلطاً أو يتعقبه الاختلاط وان الشريك اذا لم يكن اميناً لما كان يشاركه في ماله فتلك امانة مالكية لا امانة شرعية ولامانة المالكية يكون دائراً مدار اذن المالك لان العقد يوجب ان يكون أميناً وامانته لا بد وان تكون مورد اطمينان الشريك في ذلك ، واما اذ لم يطمئن فلا يكون اميناً وهذا

. . . .

على مبنى الجواهر اذ ان الشريكين الذين اختلط مالهما قهراً أو كانت منه طبيعة ثالثة كما يراه البعض أو كانت الشركة في الارث لم يكونا عمالاً حتى يجري عليه ان العامل أمين حتى يتحقق كلام الماتن والمفروض ان الشركه التي تبناها لا تكون المقصود منه الاسترباح حتى يشمله العامل فامانية هذين الشريكين يكون لكونه مورد اطمينان للشريك اذا حصل هذا الاطمينان ، واذا لم يحصل هذا الاطمئنان كان الشريكين غير أمينين ، وبعد ان لم يكونا أمينين لا يجري عليه الآثار المترتبة عليه فبمجرد اليد على مال الغير يضمن وان لم يتعدى عما اذن له لعموم على اليد فالخارج بالتخصص هو الامانة العقدية أو كونه مورد الاطمئنان والملكية لا المملوكية كما يراه القوم وهذه الشركة في السلطنة هي التي ذهب اليها المشهور وكلام صاحب الشرائع بقوله ولا يضمن الشريك ما تلف في يده والقواعد والشريك أمين لا يضمن ما تلف في يده .

وهذا كله يدل على ان المالك أمين لا العامل كما توهمه الماتن ومن المعلوم ان الشركة انما هي في الاملاك لا في العمل ومن المفروض ان في باب الشركة لما قلنا بان الشركة انما تكون في السلطنة واذا كان النزاع بينهما يكون نزاعاً بين المدعي والمنكر بمعنى ان الشريك لو ادعى التلف بعد ان كان اميناً ومالكاً للمال يكون الاصل وهو اليد موجوداً لديه فيكون الاصل معه لكونه ذا يد والذي يدعي تفريطه لا بد وان يأتي بالشهود كما ان الكلام في ذلك الطرف كذلك فلو تلف المال في يده لا يكون ضامناً للتلف وان ادعى الطرف الآخر التفريط لا بد وان يأتي بالبينة فكل منهما عند المشاجرة أمينين ويكون الاصل وهو اليد لكل منهما وادعائهما اذا كان على خلاف الامانة لا بد وان يكون بالشهود هذا على مذهب المشهور في الحاكم بالشركة في السلطنتين والملكيتين فيكون كليهما في دعواهما مدعياً ومنكراً .

واما مبنى الماتن ومن حذا حذوه فلا يكون الامر كذلك اذ بعد ان كان الامر

....

بالاختلاط أو كون الشركة هو الطبيعة الثالثة فالعرف لا يرى لهما الا الملكية المرددة والمبهمة فعند الاختلاف لما لم يرَ العرف ملكية لواحدٍ منهما لعدم اعتبار العرف الملكية لواحد منهما بعد انعقاد الشركه وانما يرى اشتباه المالين واشتباه المالين يرى انه لكل منهما هذه المجموعة فيرى ان كل واحد أمين ولكن امانتهما لا تكون الا بالاطمئنان الحاصل بين الشريكين فتكون امانة شرعية ومورد النزاع يرجع الى قاعدة العدل والانصاف أو كونهما تداعياً بمعنى كونهما مدعياً ومنكراً لانه مال مردد بينهما ولا يكون اليد منهما معتبراً عند العرف لعدم أعتباره الملكية المبهمة فيحصل العلم الاجمالي بكونهما ذي يد على هذه المجموعة فيكون مورداً لقاعدة العدل والانصاف الحاكم بان يكون لكل منهما النصف وهذا بخلاف الطريقة المشهورة حيث يكون مجالاً لكونهما مدع ومنكر .

الفرع الثالث : الشركة الحكمية أو الشركة التي ذهب اليها صاحب الجواهر أو الشركات القهرية كالبنوك والارث وغيرها بعد ان كانت امانة مالكية يكون اميناً ما لم يتعدَ أو يفرط وان لم يكن الغرض منه الاسترباح من المال لان الشركة لما انعدت قهراً فان كان الشريك اميناً فيمكن له ان يطالب بالقسمة وعدم مطالبة القسمة يكون الشريك الذي شاركه في المال امينا وبعبارة اخرى يكون كل شريك مالكاً اذا لم يكن الشريك أميناً عنده فيمكن له المطالبة بالقسمة ولكن اذا لم يطالبه بالقسمة فذلك لا يكون دالاً على امانة الشريك اذ ان هذه الشركة التي لم تاتِ من قبل العقد يكون من قبيل جواز التصرف من الشريك الى الشريك الآخر حيث كانت الشركة على هذا المعنى عبارة عن جواز التصرف في المال المشتبه للملاكين المشتبهين فيكون جواز التصرف هذا موجباً لكون العامل أميناً ولولا امانته لكان المالك قاضياً بالقسمة ويكون جواز العقد في المورد منفياً لعدم امانة العامل فعدم مطالبته بالقسمة يحكم بانه امانة مالكي لانه بعموم

. . . .

الاذن نستكشف انه أمين بل ان فرض جواز الرجوع في الاذن يجعل العامل أميناً فلو لا امانته لم يشاركه وبعد المشاركة على تقدير ان تكون الشركة قهرية يكون مجالاً للقسمة فيكون مقدماً على الشركة وان كان ذلك يجعل المشارك امانة مالكية بهذه الحيثيات وبهذا تكون امانة مالكية ولا يترتب عليه آثار الامانة الا اذا كان مورد الاطمئنان للمالك نعم لو شرط ان يعمل بالمال لدخل في كلام الماتن ويكون امانة شرعية وهكذا اذا اختلطت اموال التجارة فيكون كلهم عمالاً وامناء ومالكين كما تقدم التفصيل في ذلك وكيفيته وشؤونه ولكن لا اشكال انها عقد من العقود المضاربة ولو كان بالشرط فلا يكون اشكال بعض الاساتذة وارداً عليه لان المضاربة لا تكون من العقود التوقيفية بل يكون بالشرط يكون مضاربة ولا بد وان يكون واجداً لجميع شرائط المضاربة وبعد ان كانت مضاربة تكون الشركة من ناحية العامل والمالك أو يكون كلهم عمالاً وملاحاً كما عرفت تفصيله فيما تقدم ، وقهراً بعد اشتراط المضاربة تصبح الشركة الحقيقية الى الشركة الحقوقية على التفصيل المتقدم وهذه التفصيلات لان لا يخفى عليك كيفية الامانة في الشركة الحقيقية والشركة القهرية الذي صار اليها القوم ويترتب عليه مسائل نتعرض لها انشاء الله .

(**مسألة ٨**) : عقد الشركة من العقود الجائزة فيجوز لكل من الشريكين فسخه لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الاول أو من حينه بحيث تبطل الشركة [1] إذ هي باقية مالم تحصل القسمة ، بل

---

(١) هناك عدة امور :

الاول : المشهور ذهبوا الى جواز الشركة بعد ان كانوا حاكمين بان الشركة هي التداخل في السلطنتين كما تقدم بيانه ومن المعلوم ان التداخل في السلطنتين الذي هو عقد الشركة فان هذا التداخل يوجب ان يكون بين المتشاركين تداخلاً وضعياً ويقولون بجوازه ، وجوازه بحيث لا يرون الشرط فيه الا شرطاً ابتدائياً غير قابل للّزوم ويكون كالعقود الاذنية بنفسه من دون ان يكون مورداً لاوفوا بالعقود واما القسمة والفسخ وغير ذلك انما يكون كالامور الطارئه على هذا الالتزام وهذه الاشتراكية في الملكين كلما اراد احدهما التخلص منه يمكن كما ذهب اليه المشهور فلا يلتفت بما قيل بان الاشتراكية في الاموال لا يمكن التخلص منه الا بالقسمة والداعي عليه سيرة المتشرعة فان الشبهة في انه تداخل في المملوكين الذي يتنحى عنه المشهور والقائل يقول به فان تداخل المملوكين لا يمكن التخلص منه الا بالقسمة ولكن هذا الكلام أجنبي عن كلام المشهور فانهم انما يرون الشركة هو التداخل في الملكيتين والسلطنتين وذلك لا يمكن ان يرتفع بالقسمة لان السلطنة أمر واقعي وهذا الامر الواقعي يمكن ان يتحصص بالقسمة وتبعيضها ولا يوجب ارتفاع العقد ولا يكون كلام المشهور في الربح الحاصل من الشركة فان ذلك يكون خارجاً عن عقد الشركة وله آثاره الخاصه بل نفس التداخل في الملكيتين يرى المشهور جوازه سواء كان في المورد ربح أو لم يكن ذلك ولذلك فرق المشهور بين الشركة المقصود منه الاسترباح وبين اختلاط المالين بقصد التجارة حيث انه يكون شركة حكمية والشركة الحقيقية هي تداخل

. . . .

السلطنتين وهذا التداخل يرى المشهوركونه جائزاً سواءً قسماً أو لم يقسما .

الثاني : الذي صار اليه صاحب الجواهر فان صاحب الجواهر انما يرى عقد الشركة بدون الاختلاط لا يكون شركة حقيقية ولهذا يحكم بان عقد الشركة بما هو عقد الشركة لا بلحاظ حصول الربح وعدم حصوله فلذا يصرح في كلامه ان الآثار المترتبة على الشركة تكون مبينةً للآثار المترتبة عليه الربح فيمكن ان تكون الشركة بما هي شركة مترتبة عليه ولا يريدون الشركة للاسترباح ولا اشكال في ان ذلك يكون الآثار مترتبة عليه كما قلنا بذلك مراراً ويرى هذا العقد لازماً سواء اريد منه القسمة ام لا فان القسمة أو الفسخ لا بد وان يكون بعد ثبوت العقد ويرى صاحب الجواهركما نحن ايضاً نراه لازماً وهذا اللزوم يمكن طرىء الفسخ عليه يمكن ان لا يطرىء عليه الفسخ ونرى كما يراه صاحب الجواهر ان الخيارات الوادرة على العقود اللازمة طارئة عليه ويرى صاحب الجوهر خلافاً للمشهور في وجوب الشرائط الواردة عليه كما ذكرناه مفصلاً وعلى هذا فكم فرق بين القول باللزوم من انه لا يتحقق الفسخ الا بالقسمة كما ذهب اليه بعض الاساتذة وتبعه بعض المعاصرين وبين كون عقد الشركة لازماً على مبنانا ومبنى صاحب الجواهر وجائزاً على مبنى المشهور ومن الواضح ان مبنى المشهور يرونه كالعقود الاذنية مع انهم يرونه جائزاً فيمكن لكل واحد منهما التخلص من سلطنة الغير متى ما اراد وان لم يكن المقصود الا الشركة دون الاسترباح .

وارى ان بعض الاساتذة كانه قد خلط بين ما قاله صاحب الجواهر والذي قاله المشهور فان صاحب الجواهر الذي يقول باللزوم لا يرى وقعاً للعقد ولا يوجب العقد شيئاً غير كونه لازماً ليس الا واما تحقق الشركة فيكون بالاختلاط ولهذا قلنا انه على مبنى صاحب الجواهر لا فرق في الشركة بين ان يكون الاختلاط

....

اختيارياً أو غير أختياري فان الشركة يتحقق بذلك ، ولا يكون الشركاء الا ذو يد على الفرد المبهم وقلنا بان الشركة في المملوكين وهذا أجنبي عن معنى الشركة التي يقول المشهور بها والقسمة التي يقول بها ستجيء انشاء الله وهي عبارة عن تجزيه الاجزاء المشتركة عن الاخرى لان حقيقة الشركة عبارة عن سلطنة واحدة على تمام العين بمالها من الاجزاء القائمة بشخصين او ازيد بنحو يكون لكل واحد من الشركاء السلطنة الناقصة على تمام العين كما في غير الشركة ، غير ان في غير الشركة كانت السلطنة على العين قائمة بشخص واحد على نحو يكون مستقلاً بالتصرف وفي الشركة قائمة بشخصين أو ازيد بلا ان يكون شركة في نفس العين حقيقة على ان تكون العين جزء منها لواحد والجزء الآخر لآخر نعم يعتبرها العقل بملاحظة كونها متعلقاً للسلطنتين فيعتبر الخارج اجزاء مختلطة بعضها ببعض لكنه مجرد زعم وخيال بلا ان يكون في العين الخارجية شركه أصلاً وحينئذ يكون التقسيم معيناً لتلك الاملاك المختلطة اعتباراً لانها مبادلة جزء منها بجزء كما توهمه بعض المعاصرين من قوله بخارجيته نعم لو كانت الشركة في نفس العين على ان يكون جزء منها لواحد والجزء الآخر لآخر ، فبالقسمة يتبادل ذلك الجزء بذلك الجزء كذلك ، ولكن هذا النحو من الشركة لا يعتبرها العقلاء لعدم أعتبارهم للفرد المبهم كذلك لا يعتبرون الفرد المردد ولما لم يكن اعتبارهم لذلك فلا تكون الشركة الا في السلطنتين والشركة في العين الخارجي من حيث قيام السلطنة الواحدة المعلقة بالعين لشخصين وعليه فلا يتصور لها جزء ان أو اجزاء له وجزء لاخر ليقع المبادلة بين الاجزاء ، فالقسمة الذي يقول به في الاجزاء الخارجية لا يكون الا بالتبادل كما عرفت الاشارة اليه ، ولا تكون الطبيعة الثالثة الا هذا المعنى كمعرفت التفصيل الى ذلك وحتى على مبنى صاحب الجواهر .

....

والتحقيق انه كما عرفت تكون القسمة والانضاض والفسخ انما يكون في الرتبة المتأخرة من العقد وهذا الامور الثلاثة لابد من اجتماعها بعد ان يتبين العقد وان المقصود منه نفس الشركة او انه بعد الشركة يريد ان الاسترباح بهذه الشركة فاذا كان الامر للاسترباح فلا بد من اجتماع هذه الامور الثلاثة ومن المعلوم ان الانضاض والقسمة والفسخ يكون في المقام تبعيضاً فيهما ولكن الشركة باقية على رأي المشهور وهذا لا ربط له بالشركة كما عرفت ذلك مفصلاً.

واما الفسخ فان الشركات سواءً كانت قهريه أو كانت بالاختلاط وفي الشركات التي يجتمع فيه مال الناس أو البنوك التي تجتمع فيها الأموال المودعه، فلا اشكال في انه يكون للشركاء التصرف بشرط الضمان فاذا تصرف فيه وكا اميناً مالكا فلا اشكال ان الفسخ لما كان لا يشمله أوفوا بالعقود لانه لم يكن الا اجازة تامة للتصرف مخصوصاً اذا كان العقد جائزاً واذا كان من العقود الاذنية فلا يشمله أوفوا بالعقود على رأي الماتن فلا يمكن التبعيض في الفسخ لانه اما ان يكون مورد الاذن التام أو لا يكون مورد الاذن ولا يتصور فيه التبعيض في الفسخ اذ بناءً على مبنى صاحب الجواهر من كون الاختلاط شرطاً في تحقق الشركة او ان الشركة تقتضي ان تكون طبيعة ثالثة في الخارج أو الارث أو الاختلاط من دون قصد وتكون الشركة عبارة عن الاختلاط الخارجي يكون باقياً ما دام المتشاركين تاركين الاختلاط على منواله والعقد اذا كان جائزا لا يوجب تأثيراً على هذه الماهيةوالفسخ الوارد على هذه المشاركة معناه رفع اليد عن هذه المشاركة ولازمه ان يكون الفسخ رافعاً للاصل وتأثير هذه الرخصة التامة الذي كان المتشاركان مرخوصين في ذلك، ولا معنى لان يكون الفسخ تبعضاً في الاذن، ومن العجب ما قال به بعض بان هذا من الحقوق والحق قابل لان يرتفع كيف وان اصل الشركة

....

الذي تصوره لا يكون الا حقاً فكيف بالارباح المنتجة كذلك ما صار اليه بعض الاساتذة فان الاسترباح انما يكون وارداً على الشركة ، وهذا الاسترباح لا يمكن ان يكون كاشفاً عن جوازه أو لزومه واما ان يكون الاذن العام كاشفاً عن كونه ايقاعاً لا عقداً فبعيد من الفقيه (قدس سره) اذ العقدية والايقاعية لا يمكن كشفها من كون الايقاع يكون من طرف واحد ، والذي يحتاج الى الطرفين يكون عقد او قد ذكر في بعض مواضع من كلماته ان السلطنة لو كانت متوفقاً للطرفين كان عقد أو لو كانت السلطنة من طرف واحد كان ايقاعاً .

ولكن هذا المعنى يحتاج الى التحقيق فنقول ليس الايقاع عبارة عن الوجود بطرف واحد والعقود محتاجةً الى الطرفين ، وكذلك الاذن العام للتجارة فان ذلك وان كان رخصه فيحكم بانها من الايقاع الغير محتاجة الا لطرف واحد هذا ما قاله في مقامات من كتابه ولكن ليس الامر كذلك لا في العقود ولا فيى الايقاعات ولا الاذن العام للتجارة ، وذلك لان كلامه وان كان صحيحاً في السلطنة ، ولكن هذه السلطنة أمر قلبي يكون وجودها في الذهن وتطبيقه في الذهن وانطباقه في الخارج ولا يكون وجوده وتطبيقه دائر مدار انطباقه هذا أولاً .

وثانياً : فان الخارج انما هو ظرف انطباقه وهذا يختلف عن ذلك ، واختلاف ذلك تارة يكون الخارج انشائياً بحيث يكون وجوده انشاء النسبة فذلك يكون ايقاعاً سواءٌ كان في الخارج من هذه الجهة ايضاً كذلك أو لم يكن كذلك ، وتارة في مرحلة الانشاء عن وقوعه كما في الايقاعات لا يكون ذلك في الابراز أو هذا الابراز تارة يكون بلحاظ حال وقوع السلطنة فيكون ايقاعاً ، وتارة يكون بلحاظ ايقاع النسبة فذلك يكون عقد أولاً يكون ذلك محتاجاً الى الطرفين في العقود ، ولا في الايقاعات لان النسبة الحكمية لا اشكال في انه يحتاج الى الطرفين ولكن يكون

. . . .

الوجود في الذهن والتطبيق في الذهن والانطباق في الخارج وقضية السلطنة أو الاجازة العامة للشخص كلها محتاجاً الى الطرفين كما هو الشأن في المفاهيم الحرفيه ولكن الخارج طرف انطباقه سواء وجد مورد الانطباق ام لم يوجد فوجوه لا يجعله عقداً ولا عدم وجوده يجعله ايقاعاً ولكن الكلام ان هذه الرخصة كما في العقود الاذنية يجعله من العقود كما ان الوكالة التي يكون الموكل سلطاناً على هذه الوكالة يجعله عقداً فكذلك الطلاق الذي يكون السلطنة لمن اخذ بالساق يجعله ايقاعاً ففي الخارج لا يكون الاحتياج بالطرفين موجباً لان يكون عقد أو الغير محتاج الى الطرفين ايقاعاً فان الزوجية لا بد وان يكون مسلماً حتى يتحقق الطلاق ففي الخارج لا بد وان يكون الايقاع محتاجاً الى الطرفين والسلطنة ايضاً محتاجةً الى الطرفين اذ النسبة لا بد ان تكون من الطرفين ومن المعلوم ان الفارق الذي ذهب اليه بعض الاساتذة يكون شبهة بين الوجود الخارجي والوجود الذهني والتطبيق الذهني والانطباق الخارجي فاشتبه عليه ذلك . فتدبر فيما قلنا والكلام انما يكون في نفس الشركة ، واما الربح الموجود فذلك للتوافق بينهما بعد العقد فيكون مضاربة معاطاتية أو الشرط في ذلك فتكون المضاربة من ناحية الشرط فان ذلك لا كلام فيه ، فانه لابد وان يكون مستجمعاً لجميع الشرائط كما صار اليه المشهور والمفروض ان من قال بجواز الشركة انما قال بان لكل واحد الرجوع عن اذنه وبعد الرجوع يكون الكلام في انه لا بد ان يكون قسمة حتى يسيطر كل واحد بماله واما اذا كان هناك مضاربة بعد فرض الشركة فذلك يحتاج الى التراضي من الطرفين ، ولا يكون الاحتياج الى القسمة دخيل في عقد الشركة حتى يقال كما قاله الماتن ومن اتبعه وهذا هو المشهور ، واما الشيخ صاحب الجواهر ونحن تبعا له يكون عقد الشركة لازماً يجري فيه أوفوا بالعقود ؟تجري فيه الخيارات باجمعها

....

ويكون العقد بمجرد وقوعه يجب الوفاء به ولا يكفيه الرجوع عن الاذن في الشركة ، وعلى هذا فان شرط فيه الاسترباح يكون مضاربة جائزة واجبة الوفاء به في عقد المضاربة ويكون كاشتراط المضاربة في البيع ونحوه ولا يقاس بالوكالة حتى في الربح المشروط في عقد الشركة لان الربح يكون مالكاً له ويجب الوفاء بالاسترباح ويكون له آثار سيأتي ذكرها في طيات مايذكره الماتن ، وقياس الشركة بباب الوكالة على رأي المشهور الذي لا يرون الشركة الا عقد يوجب التداخل في الملكية ومن هذا المورد ينكشف ان الجواز الذي صار اليه المشهور لا يحتاج الى الاختلاط أولاً كما صار اليه الماتن .

وثانياً : بناء على جواز عقد الشركة فلو اشترط فيه الاسترباح يوجب تصرف الشريكين في مال الشركة بنحو الاشاعة ، ويكون الاسترباح خلاف السنة لان الاسترباح من المال المشترك يوجب دخول الربح في الاموال المشتركة والاموال المشتركة بنحو الاشاعة ويكون حصول الربح منه غررياً لا يؤول الى العلم وما كان غررياً لا يؤول الى العلم يراه العقلاء مجهولاً يوجب البطلان كما تقدم في المضاربه الا بالمصالحة بين الشركاء وذلك أمر قلنا بانه مباين للشركة اذ لا يمكن الفرق بين الارباح الواردة على ملك الشركاء وذلك أمر قلنا وهذا بخلاف مصير المشهور فان في مصير المشهور والذي قلنا به تكون الشركة في الملكية ، ويكون الشركاء ذوي ملك واحد ووحده الملكية توجب ان تكون الارباح فيه متداخله ، فتكون الشركة الحقوقية مورد الارباح ربح الشركاء يؤول الى العلم لان رأس المال معلوم والربح الحاصل من رأس المال معلوم ، وعلى هذا فان هذه الارباح داخلة في رأس المال ويكون العلم ، واما الذين يرون الشركة جائزة فجواز الشركة بان يكون الاختلاط موجباً للطبيعة الثالثة فهذه الشركة لا بد وان يرون من هو المالك وبعد ان كانت

....

الملكية مبهمة فيريدون الاسترباح والربح للشركة المبهمة للملكية المبهمة لا يمكن ان تكون معينة ومن هذا الامر يعرف ان الربح الموجود من الشركة بهذه الحيثية غير معينه ومعه يكون مجهولاً لا يؤول الى العلم لان ابهامه لا يؤول الى العلم.

ثالثاً: ان لو كانت الشركة معقودة للربح وكان ربح احد المشاركين أكثر من الآخر على ان الشركة عقد جائز يمكن للمتشاركين فسخه الا ان هذا الفسخ يوجب ان يكون تبعيضاً في العقد فيكون الربح للتشاركين والفسخ انما يكون للربح والربح اذا كان لاحدهما ازيد لا يكون موجباً للفسخ لان العقد الجائز بعد وجوده يكون الربح وارداً على ملك العامل فلا يكون ذلك موجباً للفسخ الا ان يكون الربح فعلياً وارداً على ملك العامل وبعد تمليكه لهذا الربح يكون الفسخ لاصل المضاربة المشروطة واما الربح الفعلي فبعد ان شرط وبعد الشرط يريد فسخه فلا يمكن الا ان يفسخ اصل المضاربة وقلنا بان الشرط لا يكون خلاف مقتضى العقد ولا هو خلاف السنة فهذا الشرط يوجب ان يكون الربح على ما شرط وبعد الحصول والانضاض والفسخ من هذه المضاربة يمكن ان لا يتقدم الى هذه المضاربة الواقعة في ضمن الشركة والخيار الذي يقول به الماتن عبارة عن الرجوع عن الاذن وهذا الرجوع لا يمكن فرضه بعد الشرط لان المضاربة المشروطة باقيه ببقاء المضاربة والتبعيض في المقام بعد الوجود لان العامل يملك بالظهور وبعد تملكه لا يمكن للمالك الرجوع عن ذلك لانه قد استحقه العامل ايما كان من المساهمين أو الاجنبي عن ذلك واصل هذا الشرط فقد عرفت انه لا هو مخالف لمقتضى العقد ولا انه مخالف لمقتضى السنة.

رابعاً: الخسارة الواردة على مال الشركة كما قلنا بان على مبنى الجوار العقد

....

فان الخسارة واردة على الشركة والمفروض ان في عقد الشركة الشركاء مالكين للمال فاشتراط ان تكون الخسارة على احدهما لا يكون خلاف مقتضى العقد ولا هو مخالف لمقتضى السنة لانه مالك له والخسارة للمال لا يحتاج الى السبب بل التمليك على فرض الخسارة لا يكون خلافه هذا كله على فرض ان يكون العقد جائزاً.

خامساً: اما على لزوم العقد ولزوم عقد الشركة فان ذلك لا يدور مدار القسمه ويكون في الرتبة المتأخرة عن العقد ويكون كالاقالة يدور مدار رضاية الشريكين في ذلك وبهذا يكون العقد لازماً يجري فيه أوفوا بالعقود ويجري فيه تمام الخيارات ويكون العقد لازماً، ويجب الوفاء بالشرط مع الشرائط التي يقول بها صاحب الجواهر ومن المعلوم ان الشركة انما وضعت للاشتراك في الاول واما قضية الربح فلا بد وان يكون مشترطاً فيه زائداً عن الشركة ولزيادة للشركة معناه ان المشترك لما كان مستولياً على المال وكان استيلائه مجمعاً لماله ومال شريكه ويكون هذا الشركة اللازمة ان يكون مقداراً من الربح الخاص من ماله يكون لشريكه ومن هذا المورد يكون تمليكاً لشريكه بالشرط الذي يشترط فيه ومن هذا البيان كان صاحب الجواهر ينسى انه قائل بانقلاب النسبة في غير مورده في الفقه وبنسيانه يحكم صريحاً بانه يمكن ان يكون الربح للشريك الآخر من دون ان يرد عليه اشكال لان هذا المعنى كما بينا نحن في طيات مباحثنا لا يكون هذا المعنى جارياً على مبنى صاحب الجواهر لان صاحب الجواهر يرى انقلاب النسبة في كلماته في جميع موارد الفقه وفي المقام يصرح بان اشتراط الزيادة لاحد الشركاء لا يكون خلاف مقتضى العقد بل انه مخالف لاطلاق العقد وذلك لا يصح مع البناء الذي بنا به في جميع موارد الفقه من الطهارة الى الديات ولكن نحن نقول بذلك

. . . .

لانا لانرى انقلاب النسبة بين قوله على اليد وقوله يد الامين غير ضامن كما ذكرناه وكذلك الخسارة التي تكون مشروطةً على احد الشركاء، كما ان الماتن الذي يقول بانقلاب النسبة لا بد وان يرى اشتراط الخساره على احد الشركاء يكون خلاف مقتضى العقد لانه خلاف اطلاقه لان اليد موجب للضمان ويد الامين يخصص عموم على اليد فتكون يد الامين مقتضياً لعدم الضمان وعلى هذا فاشتراط الخسارة لواحد من الشركاء يكون معناه ان الضمان ثابت لأمين فيكون خلاف مقتضى العقد وخلاف مقتضى العقد يوجب ان يكون الشرط باطلاً ولكن الماتن على خلاف مبناه يحكم بان شرط الخسارة لا يكون خلاف مقتضى العقد واما قوله انه مخالف لمقتضى اطلاق العقد لاصل العقد فذلك امر يكون على خلاف المرتكزات العرفية فان القرار الذي يكون الماتن قائلاً به فان هذا القرار لما كان خلاف مقتضى قراره لا يلزم سواه.

سادساً: اذا كان الاختلاط موجود كما صار اليه صاحب الجواهر أو كانت الشركة طبيعة ثالثة كما صار اليه البعض وكان عقد المضاربة اذنياً فلا بد من الفسخ والرجوع عن الاذن حتى يتراضيا بالقسمة فقد ذكرنا ان القسمة لا تنافي كونه عقداً أو مأذوناً في التصرف أو كان العقد لازماً فهذا لا يكون مورداً لاستكشاف لزوم العقد أو جوازه فان هذه القسمة كالاقالة أمر يشتركان في تنفيذه ولا يكون ذلك الا جائزاً كالاقالة ومن المعلوم ان هذه القسمة الآتية بعد العقد كما ذكرنا لا تكون كاشفةً عن جواز العقد ولا عن لزومه الذي استشهد البعض وحكم بان السيرة المستمرة وكشف بمقدمات عدم الرد على ان القسمة باقية لعقد الشركة فان الشركه لو كانت من العقود الجائزة فان القسمة لا يجعله ايقاعاً كما ذكر بعض الاساتذة ولا يكون كاشفاً عن لزومه على الشركاء وتحصل القسمة مترتبة على

....

العقد كالاقالة والشيء الطارىء على العقد لا يمكن ان يكون مؤثراً في لزومه أو جوازه لان القسمة لو كانت دالة على لزوم العقد يستلزم ان يكون ما هو متأخر عن العقد دخيلاً في لزوم العقد أو جوازه والبعض منكر لذلك في قصد القربة فكيف يحكم في المقام بدون تذكر.

سابعاً: فان تمثيل المقام بالوكالة من الماتن فلا نعرف له وجهاً الا انها من العقود واما جوازه وعدم جوازه فلا بد من ملاحظة الماتن ان العزل اذا لم يعلم به الوكيل فلا يكون منعزلاً ويجري تمام كونه وكيلاً فلا ينعزل بعزل الموكل فقط ويمكن القول ان مراده ذلك ولكن رجوع احد الشريكين لا يلازم الرجوع عن الآخر فيكون التمثيل بالوكالة من ناحية أخرى وهو ان الرجوع عن الموكل وحده لا يكفي ويحتاج الى ان يقبل الشريك الآخر هذا الرجوع فيمكن ان يكون ناظراً الى لزوم عقد الشركة ولا يمكن الرجوع عن الموكل فقط ولكن الظاهر انه يريد التمثيل بجواز الوكالة دون هذه الملاحظات التي لاحظناها فيكون التمثيل والمماثل متبايناً فان كان كعزل الوكيل لا ينعزل بمجرد العزل فلا بد وان يكون الوكيل عالماً بذلك ولا يكون كاجازة التصرف في ماله.

ثامناً: الرجوع عن الاذن فان الرجوع عن الاذن في المقام انما هو في العقد على فرض ان يكون العقد جائزاً فان في العقد لا يكون مطالبة القسمة لانه يمكن ان يكون تبعيضاً في الفسخ ولا يكون معناه القسمة وان كان عبارة عن القسمة فانه لا يكون قسمه تماماً فيمكن ان يكون تبعيضاً في القسمة وفي فرض كونه عبارة عن القسمة فان ذلك يحتاج الى ثم القسمة فعلى جميع الفروض لايصح كلام الماتن وكذلك فلا يكون الرجوع مطالباً للقسمة أولاً.

وثانياً: اذ الكلام في الحصول بمجرد الخلط المزبور الذي تصير به الطبيعة.

. . . .

ثالثاً : أو مع عدم تراضيهما بذلك كان الخلط حاصلاً أو بلا اختيارهما به ام لا بل يحتاج الى حصول الشركة الى قصدهما بالفعل أو بعقد لفظي سابق عليه على وجه يكون الخلط عقيب العقد الذي يقول به صاحب الجواهر والمتعبدين برأيه واما بدونه فلا يكون عقد الشركة واقعاً فلا يكاد تكون الشركة الحقيقية حصولها ممكن بل يبقى للاجزاء الواقعة كل مال على ملكية صاحبه غاية الامر ان الاختلاط الواقع بينهما والخسارة عليهما من المصالحة القهرية التي ذكرناها مراراً والحاصلة بمناط عدم والحاصلة بمناط عدم لزوم الترجيح بلا مرجح والا فبقية احكام الشركة من صحة بيع النصف المشاع وعدم مصالحه الاجزاء الواقعية الممتازة فغير جار في المقام بل في مثلها صحة المصالحة المزبورة وعدم صحة البيع المذكور بل وعدم صحة القسمة بل لابد حينئذ من تعيين حقهما الى المصالحة وقد ذكرنا مرارا ان المشهور حكم بالاشتراك في المكيتين دون المملوكين ومصير صاحب الجواهر والمعاصرين الى الثاني الذي عرفت اللوازم المترتبة عليه وقد قلنا بان خلافهم في نحو الشركة الحقيقية مع المشهور أوجب ان ينشأ خلاف آخر بالتفصيل الذي ذكرناه في أول الكتاب في تأثير عقد الشركة وكيفيته فان من المفروض ان صاحب الجواهر مصيره الى كون أثر العقد قد تحقق نفس مضمونه غاية الامر انه لا مطلقاً بل بشرط التعقب بالاختلاط المزبور بلا أقتضاء لشيء آخر وانما يوجب اللزوم فقط والا فان الخلط هو الشركة الحقيقية فيؤثر العقد ان يكون هذا العقد لازماً كما قلنا بانه يجري فيه عموم أوفوا بالعقود والآثار المترتبة عليه على التفصيل الذي ذكرناه .

وعن المشهور كما هو صريح الرياض والمسالك وجامع المقاصد كون الخلط المزبور أثره جواز التصرف كل واحد من الشريكين في المال وان بطلان

....

عقدها يوجب زوال هذا الاذن والا فالشركة الحقيقية حاصلة بالخلط المزبور والوجه فيه كما ذكرنا هو تقدم المادة على الهيئة ولعل وجه استفادتهم لهذه الجهة عقد الشركة على مبناهم بملاحظة قرينة مقامية من صون انشائهم هذا مقدمة لتجارتهم في المال عن اللغوية وعلى أي حال كما أو ضحناه سابقاً بتفصيله من ان الانسان مدني بالطبع ويكون له لتحصيل معاشه أمور يرى ان هذه الامور جارية لا يتدبر في أموره الواردة عليه وتكون هذه الامور متبعه ما لم يرد النهي من قبل الشارع في خطابه وحيث لم ينتهي لنهي الشارع يكون أمر العرف ماضياً في هذا الامر الذي صدر منه بناء العرف والعقلاء وحيث ان العقلاء انما يرون الاختلاط مقدمة لتجارتهم فان التجارة تكون ماضية ولو كان الفسخ من احد الطرفين فالتصرفات الواردة من احد الشركاء يكون ماضيا ولو كان هناك فسخ مالم يتقاسما كما ذكرنا مفصلاً ولكن الاطلاق المقامي يقتضي ان يكون مقدمة لتجارتهم تكون بعد الفسخ الاطلاقات المقامية مقتضية لان يكون العقد باقياً مقدمة لتجارتهم وذلك وذلك يمكن ان يقال انه لا اشكال ان المعاملات على اختلاف انواعها ومنها الشركة بعد أن كانت اعتبارات عقلائية فالشركة نحو خاص من المعاملة مقتضياً لان يقدم عليه العقلاء وأعتبره العقلاء موضوعاً لاثر خاص يتجرون بذلك بعد ان كانت الاموال مختلطة فهذا الاختلاط لا يكون العقلاء مقدمين عليه الا ان يكون ذلك لغرض منهم فهذا الاختلاط سيغ لاجل الوصول الى الاغراض العقلائية وهكذا للاجارة والوكالة والرهن والوديعة والعارية وغيرها من المعاملات فهي باجمعها أموراً عقلائية اعتبارية وليس فيها تأسيس جديد من الشرع ، بل يكون ما صدر من الشرع في باب المعاملات أمضاء لتنفيذ اساسها العقلائي وهذه الاعتبارات الخاصة العقلائية لمّا (كانت على التحقيق لملاكات واقعية تدعو العقلاء الى تلك

. . . .

الاعتبارات ومنها كونهم اصحاب اغراض تجارية يشكلون الشركات مقدمة لتجارتهم ومن هذه المصلحة تختلط اموالهم لهذا الغرض الذي كانت المصلحة مقتضية له فاذا راى العقلاء الملاك المقتضي له والاعتبار موجوداً في مورد يعتبرون ما به يحفظ على ذلك الملاك فحيث ان غرضهم من تشكيل الشركة هو الاسترباح ومقدمة للوصول الى هذا الغرض يؤدي انحفاض هذه المصلحة بالطرق الموجودة لديهم ولا يتوقفون بعد ذلك في أمر المعاملة الى ان يتبين لهم نظر الشرع إذ بعد عثورهم على الملاك المقتضي للاعتبار والاسترباح وكونهم ذا يد على الاموال الموجودة في حوزتهم لا يتحملون مخالفة نظر الشرع لنظرهم والشارع المقدس قد اطلّع على هذا الامر أعني به تبعية العقلاء في باب المعاملات لملاحظته لهم في تشخيص ملاك الاعتبار بانهم يريدون السيطرة على مالهم مضافاً الى اموال شركائهم لتحصيل الوسعة في تصرفاتهم المالكية للاسترباح وغيره ورآهم في المعاملات الدراجة بينهم انهم يجرون على طبق نظرياتهم فتصرف في بعض الموارد على نحو التضييق لما عرفت في الاختلاط أو التوسعة كما هو في المقام وارشدهم على أخطائهم في تشخيص الملاك واكتفى في بقية الموارد بأطلاق كلامه فاطلق الكلام في مقام الامضاء والتنفيذ وعلى هذا ففي مورد لم يقم النص الشرعي على خطأ العرف فيه لا بد من الالتزام بامضائه اذ لو كان نظرهم خطأ لكان على الشارع المقدس بقانون اللطف أرشادهم الى الواقع وبيان خطأ نظرهم فحيث لم يرد من الشرع ما ينافي الاعتبار العرفي يستكشف منه انه جعل نظر العقلاء في تشخيص الملاك الواقعي المقتضي للنفوذ واللزوم حجة على الواقع وجعل الملازمة بين نظر العقلاء وبين الواقع في مقام الاثبات وحينئذ ففي موارد عدم قيام النص على خطأ نظر العرف والعقلاء يتبع نظرهم لتعيين ما هو

. . . .

موضوع الاثر في الواقع بنظر الشرع وعلى هذا المورد الذي كانت اموال الشركاء مختلطة وكان العرف يرى تقدم اطلاق المادة على الهيئة التي هي عبارة عن العقد الذي طرأ عليه الفسخ فبعد احراز الموضوع والنفوذ عند العُقلاء واحراز الموضوع المأخوذ في دليل الامضاء يصح التمسك باطلاق دليل الامضاء المقامي والحكم بالنفوذ شرعاً ايضاً وذلك لفرض حجية نظر العقلاء في مقام الاثبات بمقتضي اللاطلاق المقامي في تشخيص الملاك الواقعي الذي هو عبارة عن التجارة بهذه الاموال المشتركة وان كان طرء عليه الفسخ المقتضي للنفوذ في الواقع في هذا المورد كما قلنا وكانت الاموال مختلطة والمقصود بها للتجارة ارتفعت مقتضياً للزوم ما دامت الاموال مختلطة وكان الاختلاط منه لغرض عقلائي الذي هو الاشتراك في الاموال للتجارة ولا ينفسخ الا بالتقسيم اذا كان المقصود منه التجارة والشركة التي لها اعتبار عند العقلاء الا بالحكم بالغرض المقصود منه دام يكون الغرض من هذا الاختلاط في الاموال بقصد التجارة يكون الحكم باللزوم وان طرء عليه الفسخ وان كان يوجب حرمة تصرف الشركاء في الشركة المختلطة الا ان الشركة الحقيقية باقية وذلك من الاصحاب حيث انه قد تقدم ان العرف يرى تقدم اطلاق المادة على اطلاق الهيئة فلا يرى ان بطلان العقد لا يوجب انثلام الشركة الحقيقية بالاطلاق المقامي مقدمة لتجارتهم في المال عن اللغوية وعلى أي حال فان مقتضى الاصل مع الجواهر وذلك من قيام الاجماع على اجراء احكام الشركة باسرها في المقام ومن قيام الاجماع يمكن ان يستكشف انها من الشركة الحكمية لا الحقيقية ولكنه لا ينتج ثمرة عملية الا في بعض الآثار الذي قد سبق الكلام فيها نعم لو بنى على ان الشركة الحكمية في موارد الاختلاط بمعنى اجراء جميع احكام الشركة عليها حتى عدم جواز المصالحة المزبورة فلا يبقى حينئذ مجال

. . . .

التمسك بالاصل لاثبات مذهب الجواهر لعدم وجود أثر عملي عليه ومجرد شرعية الاثر بلا ترتب عمل عليه خارجياً غير مُجدٍ في اجراء الاصول جزماً.

ولكن ذلك المقدار ايضاً لا يثبّت مذهب المشهور فلا بد حينئذ من التوقف وذلك المقدار لا يكون مهماً لو كان الالتزام بلوازم من مبناهم اذ انما الاهتمام بلوازم المبنى بين المشهور وصاحب الجواهر بشأن هذا الخلاف على فرض التزام كل طرف بلوازم كلامه ولو بالنسبة الى ما ذكرنا من امكان التصرف لكل واحد من الشركاء بالشركة الحقيقية على مبنى المشهور وكون كل واحد من الشركاء الحقيقين للشركة الحقوقية والشركة الحقوقية مالكه للسهام التي دونت الشركة الحقيقية لاجلها وان الشركة الحقيقية اذا كانت اطلاقات الشركة شاملة له لا يكون مأثراً في الشركة الحقوقية لانه في الرتبة المتأخرة (تأخر الحكم عن موضوعه وتأخر العلة عن معلوله) وان اليد الموجودة للشركاء الحقيقين على السهام الموجودة لا تكاد تشمل الشركة الحقوقية فانها تكون هي المالكة أي الهيئة الاجتماعية ويكون الشركاء مالكين للشركة من دون ان يكون الشركاء الحقيقين مالكين للآثار المختصة به للشركة الحقوقية وقد ذكرناه مفصلاً في هذا الكتاب فراجع ، والفرق بين الآثار المترتبة على الشركه الحقيقية والشركة الحقوقية .

وثانياً : كما ذكرنا مراراً ان الاختلاط الذي هو الشركة الحكمية ولا تكون القسمة طاريةً عليها وانما يكون التقسيم بالمصالحة القهرية وعلى هذا فان الشركة الحقيقية تكون القسمة طاريةً عليها من ناحية الشركة الحقيقية أو الشركة الحقوقية لانه ملك للشركه الحقوقية ، وشأن الشركة انه لها السلطنة على القسمة والافراز الذي هو بمنزلة الاقالة كما سبق في سائر العقود وانه من سائر الاحكام الغير قابلة للاسقاط بمقتضى الاصل كما هو الشأن في سائر الموارد المشكوكة ، كما انها قد

....

تشرع القسمة بلا تراضي احدهما واجباً صار عليه على ما سيأتي تفصيله في باب القسمة عن قريب انشاء الله وهذا بخلاف المشهور اذ ليس مفاده الا عقد الوكالة من العقود الجائزة الاذنية التي لكل منهما فسخه والرجوع عن اذنه بالتصرف ومن نتائج هذه الجهة كما ذكرناه مفصلاً عدم صحة الشرط في متن العقد لكونه من الشروط في ضمن العقود الجائزة وقد سبق منا ان هذه الشروط التي تكون في العقود الجائزة اذا كانت مخالفة لمقتضى العقد كان ذلك مخالفاً حتى في مورد الشرط في العقود اللازمة للبقاء على شركته اذ ان ذلك يوجب ان يكون العقد لازم الوفاء حتى في حال الشرط للبقاء على الشركة الا ان هذا الشرط وكل شرط يبتني للشركة لا بد وان يكون غير لازم الوفاء سواء كان من ناحية كونه خلاف مقتضي لعقد أو كان خلاف السنة على التفصيل الذي ذكرناه فمن حكم المشهور (رضوان الله تعالى) عليهم يستكشف بان العقود الاذنية يكون مطلق السلطنة للمتشاركين في ذلك لانه يكون لهم السلطنة المطلقة وعلى هذا فكما يجوز اشتراط المدة يكون نافذاً حتى بناء على كون المشهور قائلين بجواز العقد وهذا بخلاف منانا حيث ان عقد الشركة من العقود اللازمة ومن المعلوم انه على مبني لزوم العقد فان الشروط التي تكون في العقد اللازم لاحتياج الى عموم (أوفوا بالعقود) لان وجوب الوفاء بالشرط المستفاد من عموم (المؤمنون عند شروطهم) لاحتياج اليه لان العموم (أوفوا بالعقود) يوجب الوفاء بالعقد مع لوازمه .

والى هذا المعنى تخلف صاحب الجواهر (قده) مع المشهور (رضوان الله تعالى عليهم) فيما لو شرط في عقد الشركة كون الربح لاحدهما بلا عمل منه أو الخسارة عليه بنحو شرط النتيجة ، حيث ذهب صاحب الجواهر الى الصحة للعموم في دليل الشرط او على البناء الذي ذكرناه من ان الشركة توجب مطلق

. . . .

السلطنة للشركاء لا السلطنة المطلقة .

وذهب المشهور الى فساد الشرط لما ذكرنا من ان العقد المزبور عندهم من العقود الجائزة الاذنية التي لا تمضي شروطها الضمنية كما ذكرناه مفصلاً .

ومثل هذا البيان في وجه الفساد أولى مما ذكر من كونه خلاف السنة اذا لا ينسلم مع كلمات المشهور من استحقاق الشريك ربح مال الغير بلا عوض الذي تمسك به الماتن (قده) كي يرد عليه ما قيل بان استحقاق بلا سبب ممنوع لا بلا عوض وعموم الوفاء بالشرط من الاسباب نعم ، بناء على مذهب صاحب الجواهر لا يرد هذا الاشكال ولكن مع ذلك لا يقتضي العموم في مثل مقام صحه الشرط لاستلزام مثل تعليق الملكية بامر مجهول غير حاصل كما توهمه بعض المعاصرين ، ومن المعلوم ان هذا الشرط فاسد لا لمحض التعليق كي يمنع اعتبار التنجيز في الشروط بل من جهة الجهل الموجب لغررية عقد الشركة وقد اجبنا عنه تكراراً في الكتاب الاول لدراساتنا بان نص خاص لم يرد في عقد الشركة وانما يكون الغرر عرفياً ، والغرر العرفي انما يكون من جهة الجهل الغير مؤول الى العلم حيث ان العقلاء لا يقدمون الى ذلك واما لجهل الذي ينتهي الى العلم يعتبره العقلاء والنص الخاص لمضاربة الغرر انما كان مختصاً بالبيع والاجازة حتى ان ظاهر كلمات المحققين عدم مانعية الغرر في الصلح المعاوضي الشبيه بالبيع فضلاً عن اشباهه له اصلاً نعم ، هنا كلام آخر من فرض الربح لاحدهما عوض عمله في عقد الشركة حيث ذهب المشهور في مثله الى الصحة ، وكونه بمعنى المضاربة وكان غرضهم منه كونه في الحقيقية راجعاً الى ايقاع عقد القراض بلفظ الشرط في ضمن عقد الشركة واورد عليهم في الجواهر بان لفظ الشرط في ضمن عقد الشركة ان كان باطلاً فلا بد البطلان حتى مع العوض المزبور والا فلا يقتضي مثله الفساد

....

وان لم يكن في قباله عمل .

اقول : اولاً لو كان المقام من قبيل الالتزام بعقد خاص اذ الشرط في ضمن العقود الجائزة لا معنى لوجوب الوفاء به كما ذكرناه مفصلاً ، وان كان في قبال الربح عمله واما لو كان ذكر الشرط من قبيل بيان حدود العقد وان تمام المقصود من الاول ايقاع معنى المضاربة غاية الامر بلفظ آخر فلا ضير فيه .

اللهم إلا ان يقال انه بناء على هذا يحتاج الى شرط باب المضاربة المفقود في المقام مثل كون رأس المال نقداً مثلاً وذلك ايضاً بعد الالتزام بصحة عقدها ولو بغير لفظه والا فلا بد وان يجعل المقام من قبيل الالتزام في ضمن العقد الآخر وعليه وان لم يحتج صحته الى فى ايجاد الشرائط باب المضاربة من جهة كونه لوازم عقده لا مطلق سببه ، لكن يرد عليه فقد شرائط صحة الشرائط من كونها في ضمن عقد لازم .

اللهم الا ان يتعدى مشروعية عقده الى ثبوته باي سبب حصل للمضاربة كما قلنا بذلك في هذا الكتاب وكتاب المضاربة ، الا ان المشهور تعد ، وبذلك قالوا بان الشرط في مثل هذا يدخل في باب المضاربة ولا بد ان يكون واجداً لجميع الشرائط المقتضية لباب المضاربة على التفصيل الذي ذكرناه في ضمن التعرض له .

ثانياً : ان القسمة يمكن ان تكون تبعيضاً في القسمة .

ثالثاً : يحتاج الى الانضاض ثم القسمة .

رابعاً : ان القسمة تحتاج الى اما ان يكون تبعيضاً في القسمة فان ذلك يحتاج الى التبعيض في الانضاض وحينئذ يكون المورد لكل منهما التصرف لجهة الانضاض ولجهة القسمة وكذلك التبعيض في الفسخ لا يوجب منعها عن التصرف

....

اصلاً ويكون ذلك باختيارهما وهذا كله على مبني الماتن من الجواز في عقد الشركة ومن الواضح ان عقد الشركة اذا كان جائزاً ففي كل مورد اريد الفسخ لا بد من الانضاض اذ لا يمكن ان تكون الشركة اختلاطاً أو طبيعة ثالثة لم ينض ولا يمكن ان يكون الطرفين رداً للآخر من دون ان يكون هناك انضاض ولا يمكن القسمة الا بعد الانضاض لان المالين مخلوطين أو صار طبيعة ثالثة على قول البعض فان المملوكين لما اختلط به وحيث انه لا يمكن تمييز المشترك الا بان يصير نقداً وبعد الانضاض كان المصير هو القسمه واما قبل الانضاض فلا يكون المتشاركين مجهول المالية الذي ذكرناه بانهما يملكان المبهم نعم يشتركان في (السكنجبين) كما مثل به وتكون شركة قهرية لا عقدية والعرف ايضاً يرى اشتراكهما في هذه الطبية الثالثة الا انه لهما اليد على ذلك ، حيث انهما مشتركان واليد التي يحكم به العرف ، ايضاً تكون يد واحدة على هذا المال المشترك واما القسمة فلا بد وان تكون بالتقويم وهذا التقويم معناه الانضاض وهذا الانضاض لا يمكن الا بالتصالح القهري وعلى هذا فلا يكون هذا التصالح القهري في مقابل الشركة لان الشركة تكون نسبة المالين معيناً وتكون اليد الموجودة موجبةً لان يكون نفس عقد الشركة موجباً للقسمة ولا يمكن القسمة الا بعد ان يعرضان المال بالتقويم وبعد التقويم يتصالحان اذ عرفت ذلك فاعلم ان فتوى المشهور تكون خلاف ذلك .

لا نرى الاشتراك في الملكية وهذه الملكية تكون اليد الموجودة للشركة يد الكل في ذلك حسب تعدد الايادي ، واذ اراد الفسخ فان السهام لا تكون متداخلة بل يأخذ سهمه الذي اعده للشركة ، والارباح الموجودة غير متداخلة لانه لا يشترك في المبهم وانما يملك ما اسهم في الشركة وذلك لو كانت شركة ذات مائة

. . . .

سهم واشتركا المشتركين في هذه الشركه فيكون لكل واحد مالكاً لسهم واحد واشتغلا بالربح او زادة القيمة السوقية بالف ، فهذه السهام كل واحد منها يملك الالف فاذا اراد الفسخ واحد من المساهمين فله ان يأخذ الآلف من دون ان يكون محتاجاً الى الانضاض لان سهمه صار ألف واما اذ كان الاختلاط لازماً فان السهام لا تكون شركة الا بالطبيعة الثالثة فلا يكون لهم مال معين ولا ربح معين الا بنحو الشركة الاشاعية وهذه الشركة الاشاعية يوجب ان يكون الربح ايضاً اشاعياً وحينئذ يمكن ان يكون السهم الذي كان للمشترك الاول متداخلة مع الربح الذي يأخذه هذا الفاسخ فيحتاج الى ذلك الى الصلح القهري فمن هذه الجهة يعرف ان الربح لا يتعين الا بالصلح القهري ومن الواضح ان المشهور بين كلماتهم في الشركة عن الصلح القهري فمن هذه الجهة يعرف ان الربح لا يتعين الا بالصلح القهري ومن الواضح ان المشهور بين كلماتهم في الشركة عن الصلح القهري كما هو واضح هذا بالنسبة الى كلام صاحب الجواهر والذين اتبعوه وهذا هو الملكية المبهمة الذي قلنا ببطلانها أو الملكية المردد وعلى كلام الماتن وصاحب الجواهر في نفس الشركة ان الفسخ الى المصالحة القهرية واما على مبنانا تبعاً للمشهور.

فان الاختلاط واذا كان بين المملوك خارجاً كما صار اليه صاحب الجواهر والماتن لازمه اختصاص كل جزء من المال بشخص دون غيره والحال ان مقتضي الشركة في الارث وامثاله بالنسبة الى اجزاء العين ثابت بلا موجب لتخصيص بعضها ببعض دون بعض مع ان لازم هذا المسلك الالتزام بملكية احدى جزئين بنوا الابهام ومرجعه الى مملوكية الكلي في المعين مع انهم جعلوا الاشاعة قبال الكلي في المعين وإن اريد احد الاجزاء بنحو التنكير فالامر اشكل لعدم بناء المشهور على ملكية الفرد المردد فلا يمكن الشركة في المملوكين خارجيين فان

....

بناء المشهور في عدم التملك حتى في مثل الصلح فلا يجرى هذا الكلام في مثل الطبيعة الثالثة التي قال بها البعض ، وعلى كل حال فان اراد احدى الشريكين القسمة فلما كان سلطاناً على ماله فيجوز له التصرف ما لمْ يقتسمان والقسمة لا تكون مناصاً للقسمة الا الانضاض وان كان المتشاركين لا يريد ان الاسترباح وذلك لان شأن الاختلاط والملكية المبهمة لا يكون ذلك ومن المعروف ان في هذا المقام لا يمكن المصالحة القهرية وذلك لان بعد ان كانا المال مختلطين فان المال كان مثلاً طبيعة ثالثة فهذه الشركة الموجودة لا بد لاحدهما عليه لانه مباين لما كانا يملكانه فلا اشكال انهما يقران ان هذه الطبيعة لهما ومن المفروض انهما يملكان شيئاً مبايناً لذلك لانهما انما يملكان السكر وذلك يملك الخل فالخل مباين لهذه الطبيعة والسكر ايضاً يباين هذه الطبيعة فلا يكون لهما اليد على هذه الطبيعة ولهما اليد على هذه الطبيعة المباينة لما يملكانه فلا اشكال ان اليد على هذه الطبيعة ليس بمعلوم من جهة ان اليد لا يكون الا للسكر والخل واما الطبيعة الثالثة فانما يملكانه لما كانا مالكين للسكر والخل فلا بد وان يقران بانما اجتمع السكر والخل حتى بمزجهما صار طبيعة ثالثة فيكون بينهما اقرار وادعاء وهذا الاقرار والادعاء أوجب ان يكونا طبيعة ثالثة ثم لا بد وان يقرأن ان يكون نصف هذه الطبيعة لي ونصفه للآخر فحينئذ يكون هذه الطبيعة الثالثة مشترك بينهما فلا بد وان يكون هما مقران بان لذلك النصف والثاني ايضاً يقرّبان لذلك النصف وحينئذ يجيء اشكال معروف وهذا بعد ان عرفت ان اليد على المهيئة المبهمة لا يمكن ان يكون دالاً على الملكية فلا بد من الاقرار وذلك لان الشركة الاختلاطية يكون المال لشركة الحقوقية لانهما بعد ان لا يملكان المبهم كما هو بناء العقلاء فقهراً اذا كانت الشركة اي الطبيعة الثالثة فيكون ذو اليد هو الطبيعة الثالثة أي الهيئة الاجتماعية للشركة

....

وهذه الهيئة الاجتماعية للشركه لا بد ان تكون اليد الموجود يقرأ على ان نصف هذا المال لهذا الشريك والنصف الآخر للشريك الآخر ومن الواضح ان هذا الاقرار فان الشركة لا بد وان يقرأ على ان هـذا المـال مشـترك بينهمـا فـلا بـد وان يـقرأ الشريكين على ان هذا المال مشترك بينهما بـعقد الشـركه أو الشـركة القـهرية أو بالارث فان المال المشـترك لمـا كـان فـي الشـركة المـختلطة الحـقوقية ويـدعي الشريكان ان هذا المال مشترك بينهما بسبب من الارث أو العقد أو لغيرهما من الاسباب .

فان الشركة التي يقُرأ المقرُ له بالمال لواحده كان النصف بينهما بـالاشاعة فيكون افرازهما باقرارِ الشركة فان هذا الافراز الذي تفرزه الشركة يوجب الاشاعة فيه بهذا المعنى ، واشاعتهما في ملكيتهما في تمامه ، وبعد ذلك كل ما يجر من المال كان بينهما بالمناصفة ولازمه اختصاص الربـح مـن تمـام المـال بـلا وجـه لاختصاص المال المقَرُ به من الشركة الحقوقية لانه يد ثالث تكون الشركة الحقوقية فاقراره بالشركة في الشركة الحقوقية يوجب ان يكون الربح له بلا وجه للاختصاصه بالنصف المقر به ولازمه اذا اراد التصالح ان يكون الصلح بالربح وعدم نفوذ الصلح بالنصف ، وعن نصف تمام المال فانه صرح ان نصف المال للمقر له أو لم يصرح بان نصف المال به اذ على أي حال هذا النصف المقر به لا يستقر كله للمقر له ولا يستقر بالصلح المزبور بتمامه من جهة ان اقرارهما بالسبب الموجب للشركة مانعه عن اختصاص شيء من الاجزاء الخارجية للمال في حق واحد منهما نصفاً كان أو ثلثاً أو ربعاً وهكذا .

ولا يخفى ان عمدة المانع عن صحة الصلح في جميع النصف هو اقرارهما بأشاعة المال والا فلو اغمضنا باقرار كل نصف من غيره بعد الاشتراك من جـهة

. . . .

السبب كالختلاط والارث والاشتراك القهري لامحالة حينئذ للحكم بالشركة بين المقر به وغيره بالنصف المقر به بل يختص المقر له بنصفه فلو صالحه حينئذ كان الصلح صحيحاً في تمام المقر له لا في مقدار الحصة ، ومن هنا ظهر ان تمام المدار في الحكم بالشركة النصف للمقر له وغيره انما هو من جهة اعترافهما بشركتها في تمام المال من دون فرق بين كون سبب الانتقال بنفسه موجباً للشركة ام لا ، وحينئذ لا مجال للفرق بين الاسباب الموجبة وغيرها الا من جهة اقتضاء الاسباب الموجبة لها الاعتراف بشركتها في المال مع قطع النظر عن الجهة الخارجية موجبة لخلافها بخلاف الاسباب لغير موجبة بنفسها لها بمعنى ان الاختلاط أو الشركة القهرية فانه لا يوجب الاعتراف بالسبب المزبور لامكان اختصاص كل واحد معين بنصف معين ومن هذه الجهة امكن دعوى عدم الحاق وحده الانشاء في الشركة وغيره من الاسباب بالارث أو الشركة القهرية في اقتضائه الاشتراك حتى مع فرض شركتها بالثمن في مثل البيع لاحتمال تعيين كل نصف في مقام تمليك عقد واحد كما في الشركة الحقيقية التي قلنا بها حيث انه لو كانت الشركة حقوقية بمعنى ان يكون الشريكان متشاركين بالنصف وكانت ملكيتهما مشتركة بحيث كانت اليد لهما على المال مشتركة في الملكية لا في المملوكية فيكون تعيين النصف بينهما مشتركة وبصفقه واحدة فيكون هنا الاقرار بنصفه مالكاً له وهذا بخلاف الارث والشركة القهرية والشركه الاختلاطية والطبيعة الثالثة وغيرها التي لا توجب اليد على النصف المعين بل يكون اشاعة ، ومن الاشاعة يكون الاقرار بالنصف اقراراً بالربع .

وهذا انما يستقيم بالاقرار بالربع ولم يكن مستنده عقد الشركة وغيره وأُقرَّ بالنصف فيكون ذلك الاقرار بالربع وهو ربع تمام المال ، واما في الاقرار بالربع

....

الآخر الغير مقر به وعدم تعلق اقراره بالربع الآخر رأساً أو هو مراعي باجازته وعدم صحته في نصف تمامه الذي نصفه في يد الغير فالمسألة ميتنية على النزاع المعروف فيمن باع نصف الدار بلا عنوان من انه منزله على نصفه المختص ، أو منزله على النصف المشاع بين النصفين فعلى القول شركته الى النصف المختص فلازمه الحكم بصحة الصلح على نصفه الذي نصفه الذي في نصفه للمقر به ونصفه في يد المقر بلا تعلق صلح بالنصف الآخر في يد المقر به جزماً فلا معنى لصحة صلحه في الربع الآخر في المقر به رأساً حتى مر اجازة الغير .

لو بنينا على الشركة الواقعية على الاشاعة كما ذهب اليه المشهور بعد التصرف بالاسترباح وكان المالك شريكاً أو الشركاء بعد الاسترباح في المشاع ولو من جهة تحكيم اطلاق النصف على الظهر في الاستقلاله في الاقرار أو البيع كان الاقرار أو البيع مراعاً بصحته للاجازة .

ولكن الانصاف يقتضي منع التحكيم المزبور بل الظاهر مانعية ظهور الشركه والتقسيم في الاصالة كما في البيع ايضاً ، كذلك عن اطلاق متعلقه مع ان اطلاق المتعلق في المقام لا يقتضي تصحيح مرام القائل به اذ متعلق الشركة أو البيع لا يكون الا شخص النصف المشاع في تمام النصف بلا كلية في متعلقه الملكية والتمليك فاطلاق النصف على فرضه لا بد وان يكون حاكياً عن احد الاشخاص ، كما في الشركة الواقعية حيث ان اليد الموجودة في كون الشركاء أثنين كانت اليد الموجودة حاكياً عن احدى اليدين أو احدى الشخصين أو احدى الملكيتين فهذا يستقيم في الشركة الحقيقية واما الشركة الحكمية أو اختلاط المالين أو كانا طبيعة ثالثة فقهراً لا تكون اليد الموجود معيناً للنصف فتجرى الاشكالات المتقدم ذكرها ، وهذا بخلاف الشركة الحقيقية التي قلنا بانه انما يبيع الملك الموجود التي تكون

. . . .

يد المشترك معينةً فلا يكون مورداً لهذا الاشكال وهذا بخلاف مبنى صاحب الجواهر أو الشركه الطبيعة الثالثة أو الشركات القهرية حيث ان الاشكال وارد عليه فاطلاق النصف على فرضه لا بد وان يكون حاكياً عن احدُ الشخصين الذين هما عبارة عن شخص المشاع في تمام المال والشخص المشاع في المشاع ومثل هذه الشركة مالك لامر مبهم وهذه الشركة باطلة لامحالة فحينئذ الاطلاق المزبور لا يقتضي التنزيل على خصوص المشاع في المشاع بل هو احد مصاديقه بنحو الابهام بطل ، نعم لو كان متعلق الشركة هو الكلي الطبيعي القابل للانطباق على واحد من الصنفين فمثله وان كان يصحح كلام صاحب الجواهر والمتعبدين لقوله بملاحظة رجوعه الى الكلي الخارجي كالصاع من الصبره ولكن مثل هذا المعنى لما كان قابلاً للانطباق على نصفه المختص به فله تطبيقه على غيره وبعده لامجال للاجازة الغير فيه.

نعم لو طبقه فيه المشاع بين الشخصين يحتاج هذا التطبيق الى الاجازة والا فقبل التطبيق لا مجال لاحيتاجه الى النسبة ومثله خلاف ظاهر كلمات القائلين بالتنزيل على خصوص المشاع في المشاع كما هو ظاهر خصوصاً مع تطبيق قابلية تمام النصف على نصف الغير هذا! .

ومع ذلك فان الشركة بنحو الكلي في المعين مما نبذه المشهور من ان يكون شركة واقعية ويرون الشركة في قبال الكلي في المعين ويكون رأي المشهور على خلاف ذلك .

وام الفرعين الموجودين في المتن فان ذلك قد تقدم بيانه ولا يكون اشتراط ذلك خلاف المقتضي للعقد ولا يكون خلاف مقتضي السنة كما توهم، وبعد الفسخ لا يكون الفاسخ ممنوعاً من التصرف فله السلطنة على اجبار الشريك الآخر

بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الاذن في التصرف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالةوبمعنى مطالبة القسمة ....

وإذا رجع أحدهما عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كل منهما مأذوناً ، لم يجز التصرف للآخر ويبقى الجواز بالنسبة إلى الاول ، وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما ، وبمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر .

وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لاحدهما زيادة في الربح أو نقصان فى الخسارة يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار ، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين على ما هو مقتضي إطلاق الشركة .

على القسمة ولا يكون بمجرد الفسخ رافعاً للزوم التصرف في المال المشترك بل له السلطنة بعد الفسخ أن يطالب بالقسمة كما ذكرناه مراراً ...

(مسألة ٩) : لو ذكرا في عقد الشركة أجلاً لا يلزم فيجوز لكل منهما الرجوع قبل انقضائه إلا أن يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم، فيكون لازماً[١].

---

(١) في هذه المسألة عدة فروع :

الفرع الاول : ان ذكر الاجل في الشركة يتحقق بأمور، الاول ان كانت الشركة عقداً جائزاً كما صار اليه المشهور فان ذكر الاجل معناه ان يكون جواز العقد وسلطنة المتشاركين في الفسخ والقسمة فلا اشكال ان شرط ان يكونا متشاركين لمدة مديده ولا يكونا مسلطين على الفسخ يكون ذلك خلاف مقتضي العقد من جهة ان المتشاركين مسلطين على الرجوع، وعلى هذا فشرط الاجل يرجع بعد تسلطهما على الفسخ بمدة معينه ويكون هذا خلاف مقتضى العقد وخلاف مقتضى السنة للسلطنة لهما على الرجوع متى ما اراد وشرط خلافه يكون مخالفاً لما هو السلطنة التي تكون مقتضي العقد ويكون خلاف السلطنة أي السنة، فلا يكون هذا العقد صحيحاً، لانه يبطل الشرط لان هذه الشروط راجعة الى عدم الارادة لما هو مقتضي العقد لان الشرط خلاف السنة الذي يكون العقد مقتضياً له فيكون ذلك خلاف مقتضي العقد والسنة كما عرفت فلا تكون الارادة للعقد صحيحاً كما قلنا بذلك في الشروط التي مستحيلاً كاشتراط الطير الى السماء حيث ان الارادة على ايقاع هذا العقد لا يمكن ان يتمشى من الموجب فيكون اصل العقد باطلاً لانه مخالف للاطلاق العقد اذ ان اطلاق العقد يحكم بان الشريك بان له السلطنة المطلقة، والسلطنة المطلقة تقتضي ان يشارك وله السلطنة على الفسخ فهذه هي السلطنة المطلقة والماتن تبعاً لصاحب الجواهر يرى ان اطلاق الناس مسلطون على اموالهم يقتضي ان يكون الشريك مسلطاً على ماله مطلقاً فاذا شرط بنفسه أو قبل في القبول ان يرجع مطلقاً يضعه لشريكه فيكون هذا الشر خلاف

. . . .

اطلاق السلطنة ولا يكون منافياً لمقتضي العقد وانما يكون منافياً للاطلاق العقد .

ولكن في هذه الموارد وفي كلية الموارد اذا قلنا بان شأن الامين تخصيصاً للاطلاق على اليد يكون شرط خلافه لاصل مقتضي العقد وما يكون هذا شأنه فالشروط لمنافيه لمقتضي العقد يكون منافياً للاصل مقتضي العقد لان على اليد انما يكون مخالفاً للاصل السلطنة لانه منافياً لاطلاق السلطنة ولا يكون مورد التعدد المطلوب كما توهم لان في هذه الشرائط لا يكون العقد مورد الارادة من الموجب أو القابل لانه خلاف سلطنته فلا يكون مورد الارادة من المتعهد في ذلك فقهراً يكون فساد الشرط موجباً لفساد العقد ولا يكفيه كون الشرط على نحو تعدد المطلوب لان هذا المعنى انما يسرى لو كان العقد سارياً ولكن الشرط كان لما هو تعدد المطلوب بمعنى ارادة العاقد تارة بما كان على المطلوب المطلق وتارة يكون على المطلوب المقيد وهذا المعنى لا يتصور في المقام لان الارادة من الشرط لا يستقيم اصلاً على العقد على الاطلاق فلا يمكن فيه تعدد المطلوب .

الفرع الثاني : فان بعض الاساتيد قال في المقام فى ذيل كلام الماتن بعد ايراده لكلام الاصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) ان الشركة التجارية هي الشركة التي يقول بها صاحب الجواهر لانه في الشركة انما يقول بالاختلاط وهي الشركة التجارية والمشهور انما قالوا بالشركة الحكمية هو هذه الشركة التجارية ، وقالوا بالشركة الحكمية لان الاموال بالتجارة تختلط وقد سبق منا ان ايراد المشهور في هذه الشركة لاجل ان الاموال تختلط وبعد الاختلاط لا يمكن اذ قد ذكرنا في أول الكتاب بعد ان كان الاصحاب قائلين بالشركة في الملكية دون المملوكين فان العرف لما لم يرى تقدم اطلاق الهيئة على المادة فهذه الاطلاقات المقامية حكوا للاصحاب كما هو صريح في الريا والمسالك وجامع المقاصد كون أثراً كون جواز

. . . .

تصرف كل واحد من الشريكين في المال وان بطلان العقد يوجب زوال هذا الاذن ، والا فالشركة الحقوقية باقية بهذا الاختلاط على حالة كما قلنا في أول الكتاب ، من ان تقدم المادة على الهيئة يوجب ان يكون الاختلاط المُزبور شركة حكمية لا حقيقية مقدمة لتجارتهم في المال والا فان العقد يرونه عبارة عما صار اليه صاحب الجواهر وتكون شركه حكمية وهو عقد الشركة وهذا الاختلاط سبق للشركة ويكون العقد غير مؤثر فيه الا ايجابه للزوم ولا يكون اختلاط المالين والمشهور انما قالوا بالشركة الحكمية لهذه الجهة فتكون شركة عقدية وكان اختلاط المالين عقد الشركة للتجارة .

الفرع الثالث : اذا قلنا بانقلاب النسبة كما يراه القوم فذلك يوجب ان شرط الاجل في ضمن عقد آخر ، كما صار اليه المشهور الرجوع عن الشركة بان لهما السلطنة على الرجوع عن العقد فلازمه ان يكون الشرط ، الا اذا كان مشروطاً في عقد لازم آخر فحيث ان هذا الشرط يكون خلاف مقتضي السلطنة على الرجوع فيكون هذا المقياس هذا الشرط خلاف مقتضى العقد فيكون الشرط باطلاً ، هذا أولاً وان كان المشهور لا يرونه باطلاً لان ما يكون خلاف السلطنة فان اشتراط وجود ذلك يكون الشرط بمقتضي سلطنته على المال فيمكن ان يشترط في ضمن عقد لازم آخر وذلك لان السلطنة لا تكون مورداً في هذا الشرط مانعاً بل ان تمام العقد والاذنية الجائزة لا تكون مقتضياً لشرط الاجل وذلك لما قلنا بان على جواز عقد الشركة حيث ان ذلك لا يكون من جهة عدم جريان (أوفو بالعقود) في العقود الجائزة بعد ان عرفت محالية جريانه فيه لكون العقود الجائزة خارجه عن العموم تخصصاً بل ان العقود الجائزة الاذنية بمقتضاه يمنع عن وجود شرط التأجيل في العقود الاذنية لانه مناف للسلطنة حتى يمكن اشتراطه في عقد آخر بل مقتضاء

....

العقود الاذنية منافياً له هو لازمية الجواز في العقود الاذنية المنافي للزومه بالشرط الثاني لذاته ، وان لم ينافي سلطنة المالك لو لا الشرط على المنع وعلى هذا فان العقود الجائزة كما قلنا به في المضاربة يكون العقد ملازماً لاذن في التصرف ، وهذه الملازمة موجودة ما دام احدى الشريكين ناهضاً لهذا العقد فاذا اريد بالشرط يحكم بعدم نهوضه بالتصرف الاختياري ولا يبقى لهذا العقد النهوض للمالك وهذه الجهة لا فرق بين كونه في نفس هذه العقد أو كان في عقد آخر فاشتراط التأجيل في عقد البيع لبقاء عقد الشركة على دوامه معناه ان هذا عقد الشركة الذي بنى على ان يكون جائزاً متى اراد احد الشريكين الرجوع فيه امكن لهم ذلك ، فهذا العقد يحكم بعدم جوازه وان احد الشريكين لا يمكن له الرجوع متى ما اراد وهذا المعنى معناه ان الشركة لاغية من أصله لان ذاتية العقود الجائزة هو التمكن من الرجوع للطرفين فشرط عدم الرجوع لاي واحد منهما ينتهي الامر الى الغاء هذه المعاهدة ولو كان في عقد آخر مباين له ، وذلك لان هو الذي قلنا به ان الجواز من ذاتياته فان شرط الاجل يوجب ان يكون المعقود خارجاً عن كونه عقداً أذنياً جائزاً للطرفين والا فشرط الفعل بان يبقى على هذا العقد تكون الشركة ، وهذا الشرط لا يكون منافياً للسلطنة على الفسخ ولكن مثل هذا الشرط معناه خروجه عن مصير العقد الواقع لهما على ذلك فشرط التأجيل معناه عدم الشركة من أصلها هذا في صورة ان يكون عقد الشركة جائزاً كما يراه الماتن ومن المتأخرين الذين عاصرناهم .

الفرع الرابع : اذا قلنا بان عقد الشركة يكون لازماً وحقوقياً ومعنى ذلك ان يكون الاشتراك في الملكية لا في المملوكية فان العقد الذي تعاهد عليه العقلاء باقية الى الابد ولا يكون الاصل عند العقلاء بقائه ، ولا يكون ذلك الا بالتخصيص

. . . .

الآتي من أدلة الخيار أو الفسخ الذي يكون طارياً عليه وعلى هذا لا يكون من العقود الجائزة حتى يترتب عليه الاشكال ، وحيث كانت حقوقية فمعناه تداخل الملكيتين أو الاملاك في عقد الشركة ، وهذا يوجب ان يكون بنفسه لازماً وتكون القسمة أمراً طارياً عليه وهو ان الفسخ لا يمكن ان يكون موجباً لانفساخ المتشاركين الا ان تكون القسمة بعد الفسخ ويكون دليل السلطنة موجباً لالزام المتشاركين في الفسخ واذا لم يقسما تبقى الشركة على حالة فتكون الشركه منفسخة بالفسخ والقسمة ولا يكونا منفسخة بطرو احدهما دون الآخر فاذا كان لازماً لا يرى فيه شرط التأجيل لانها متى ما اراد المتشاركين بقائه فلا تكون الشركة منفسخة الا بما ذكرنا .

الفرع الخامس : ان من نتائج الخلاف الذي بين المشهور وصاحب الجواهر صحة شرط عدم القسمة الى زمان خاص الذي لازمه سقوط سلطنتهما عليها الى زمان كذا ، ولا بأس بمثل هذا الشرط كما تقدم مفصلاً بمقتضي القواعد نظير شرط الفعل في سائر الموارد ، ولو من جهة عدم اطلاق اقتضاء السلطنة بالنسبة الى احد طرفي وجود المتعلق وعدمه فلا ينافي في وجود مقتضيه لزومه بالشرط وعلى هذا نقول ان حلول هذا الشرط في المقام على مذهب الجواهر حال سائر الشرائط في سائر الشرائط المتعلقة بالافعال في بقية العقود ولا مجال للحكم بفساد الشرط الا مع قيام الاجماع في المورد على السلطنة المزبورة حتى بالاضافة الى العناوين الثانوية واثبات هذه الجهة لا يمكن المصير اليه اذ المشهور قد أكد وبجواز ذلك في العقود اللازمة كما تقدم لو لا التشبث باطلاق كلماتهم بفساد التوقيت في عقد الشركة وذلك ايضاً معنى آخر قد مر الكلام فيه في أول الكتاب .

نعم لو كان مفاد الشرط عدم السلطنة على القسمة الى زمان كذا ، لا شبهه

. . . .

في فساده لانه شرط مخالف للسنة من السلطنة في رتبه سابقة على الشرط لان الشرط متعلق بما هو خلاف السنة من السلطنة في الرتبة السابقة على الشرط فيشمله عموم شرط خالف الكتاب ولو بمضمونه لا لوجوب الوفاء به هذا بناء على مذهب الجواهر واما على مبنى المشهور فلا يصح الشرط جزماً لكونه من الشروط في ضمن العقود الجائزة هذا كله في شرط عدم الفسخ الى وقت كذا .

ولو شرط بقاء اصل الشركة الذي هو مرجعه الى شرط فسخ الشركة ورجوع كل مال الى ما كان قبل الشركة ولو قبل تحقق القسمة فعلى مذهب صاحب الجواهر من تأثير عقد الشركة في شياع الملكية الحقيقية الذي لازمه انقلاب الشركة الحقيقية الى الحكمية الذي هوداب صاحب الجواهر في الفقه بانفساخ العقد ولو قبل القسمة الخارجية وقد ذكرناه مراراً في تضاعيف ما ذكرناه ينعدل السهام فلا بأس بصحة مثل هذا الشرط لو لا شبهة التعليق في مضمون الشرط .

واذا قلنا بان الاحتياج الى الافراز الواقعي الى سبب خاص من القسمة لانه ناشيء عن السلطنة والسلطنة ، حكم ليس منشأه الشرط وانما تكون القسمة عله لهذا الحكم وحينئذ لا مجال للصحة مثل هذا الشرط لكونه من الشروط الغير مشروعه .

نعم لو شك في الاحتياج المزبور ايضاً امكن التمسك بعموم في (المؤمنون عند شروطهم) لكونه من المخصصات اللبيه القابل لاجراء القواعد فيها باصالة الاطلاق والعموم .

ويمكن ان يقال بعدم الاطلاق والعموم في المقام في أدلة الوفاء بالشرط على وجه يصلح لاحراز قابلية المحل حيث التسبيب اليه به .

ولكن المصير اليه ، ولكن هذا خلاف ديدن الاصحاب في مثل المقام لان

....

بنائهم على التمسك بالشرط ما لم يحرز الاحتياج الى سبب خاص كما مثلنا بذلك في التمليك فان التمليك لا يحتاج الى سبب خاص فيكون محرزاً بالشرط هذا كله بناء على مذهب صاحب الجواهر.

واما بناء على مذهب المشهور فلا وجه لمثل هذا الشرط وصحته جزماً لانه مضافاً الى كونه من الشروط في العقود الجائزة الغير نافذة ان منشأ لشركة الحقيقية بعد ان كان بنظرهم هو نفس الاختلاط في الملكية، فغاية ما كان ان كان هناك مملوك ببقاء علته ولازمه كون عله الافراض بنظرهم ايضاً منحصر بالقسمة فلا يبقى مجال لمثل هذا الشرط اصلاً.

الفرع السادس: لو شرط توقيت الاذن في التصرف من احدى الشركاء في المال المشترك فعلى مذهب صاحب الجواهر الذي يرى العقد لازماً وهكذا على مبنانا، لا بأس بنفوذ هذا الشرط بل في وجوب الوفاء وانه من قبيل شرط الوكالة في ضمن عقد الرهانة حيث صاروا الى لزومه بالشرط على وجه ليس له عزله ومجرد كون العقد من العقود الجائزة غير مناف للزومه بالشرط ويمكن ان يقال التمسك باطلاق معاقد الاجماعات على فساد مثل هذا الشرط ولو من جهة كشف ذلك عن السلطنة على الرجوع عن أذنه حتى في فرض طرو مثل هذا العنوان الثانوي.

ولكن ذلك هو المصير الا ان يكون دعوى القابلية حمل كلماتهم بفساد هذا الشرط على ما هو مبنائهم من كون عقد الشركة عندهم من العقود الاذنية الغير لازمه فلا يصح الشرط المزبور في ضمنه.

نعم قد سبق منا من ان يكون هذا الشرط توقيتاً في أذنه الى زمان كذا الذي لازمه تجديد الاذن من المشاركين على التفصيل المتقدم.

....

نعم لو كان مفاد التوقيت راجعاً الى شرط عدم الوكالة والمأذونية بعد الوقت المعين لا الوكالة قبله لا بأس على مذهب صاحب الجواهر من الالتزام لعدم السلطنة على توكيله جديداً أو اذنه في تصرفه اذ هو نظير شرط عدم لوكالة نظير نذر النتيجة أو شرط النتيجة أو عدم توكيله الى وقت معين في ضمن عقد لازم فان مقتضي وجوب الوفاء بهذا الشرط خروجه عن سلطنة على التوكيل في الوقت المزبور كما هو الظاهر.

الفرع السابع : فقد قلنا بان المشهور لما كان الدوران بين اطلاق الهيئة واطلاق المادة يرون تقديم اطلاق المادة على الهيئة كما ذكرناه مراراً فاذا اختلط المالين كانت شركة باختلاط المالين المثلين واما المختلفين من المثلي كالحنطة والشعير وكذلك القيمي اذا كانا مختلطا كالطبيعة الثالثة حتى في فرض المزج والاختلاط فضلاً عما لا يصدق في مثله الاختلاط والمزج وان كان الجنسان على وجه لا يمكن مزجهما خارجاً لمنتهي شباهتهما.

وعن بعض ميله الى تحققها عند صدق المزج المزبور وان كان قيمياً.

ولكن عن بعض آخر اطلاق منعه.

والتحقيق مع فرض الشك في حصولها قد تقدم بان الاصل يقتضي عدمها لو لا اقتضاء الاختلاط المزبور اجراء جميع احكام الشركة الحكمية دون الشركة الحقيقية فانه لا مجرى للاصل المزبور لعدم آثر عملي قلنا بذلك في كلام صاحب الجواهر بل لافائدة فيه في تنقيح هذه الجهة عملاً ولا يكون له فائدة الا عدم امكان التصرف لكل واحد من الشركاء في مال الشركة ويحتاج في هذه التصرفات الى كل تصرف باذن جديد دون اذن كونه شريكاً كما تقدم التفصيل بذلك وهذا يكون واقعاً للورثه عند موت مورثهم فان الشركة التي تكون ما نحن فيه للمال المورث

. . . .

حيث انه يترتب عليه آثار الشركة الطبيعة الثالثة والذي يرى الشركة عبارة عن الاختلاط بين المالين هو الذي دعاهم الى المنع عن شركة الاعمال لعدم التصور في الاختلاط بين العملين الذي لا يتميز بينهما وكذلك اجرة عمله اذ لكل اجرة عمله بل ، ولكل ايضاً ما ستتبعه من الاعيان الممتازة كالاحتطاب والصيد وحيازة المباحات حيث ان هذه الامور كلها داخلة في شركة الاعمال وقلنا بان هولاء الشركاء بعد ان اشتراكهم على حيازة المباحات أو الاحتطاب والصيد وغيره ذلك من الاعمال التي تكون من كد اليمين فان هذه الشركة ترجع الى الشركة في الاموال كما تقدم التفصيل بذلك .

فرع الثامن : لا اشكال كما بيناه مراراً ان المبنى الذي ذهب اليه صاحب الجواهر وان كان عبارة عن الاختلاط وحكم بان العقد الشركة مقتضية لان يكون هذا الاشتراك الذي جاء الاختلاط متأخراً منه يكون من العقود الواجبة الوفاء به كما ذكرنا التفصيل في ذلك ، ولكن القوم بعد ان كانوا قائلين بالاختلاط حكموا بجواز عقد الشركة وهذه الجهة لا تلائم ما ذكر ومع مبنى صاحب الجواهر وذلك لان الشركة الحكمية الذي كان مصير الاختلاط لا يمكن ان يكون الا بالاذن من الشركاء لان الشركة العقدية التي نحن بصددها لا تحتاج الى الاذن من باقي الشركاء في تصرفاتهم اذ الشركاء في الشركة الحقيقية العقدية يكون لكل واحد من الشركاء الملكية المحدودة للمال المشترك بأجمعه حسب مصير المشهور في الذي ينبا منه تعريف المحقق اذ في الشركة الحقيقية الى الحكمية وبعد ارجاعه الى الشركة الحكمية ، وبعد هذه الانقلاب يوجب ان تكون كلمات الماتن تماماً من ان الشريك لا بد وان تكون تصرفاته على النحو المتعارف ولا يكون له التصرف مع عدم الاذن من باقي الشركاء ويقتصر على التصرف المأذون كما انه مع اطلاق الاذن وعدم

(مسألة ١٠): لو ادعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر عليه مع عدم البينة[1].

انصرافه الى جهة معينة يتصرف فيه ما شاء ولو كان التصرف ضرر بالفرض الاطلاق.

نعم انصرافه الى جهة خاصة يقتصر على المنصرف اليه وحينئذ فلو عين له السفر من جهة يقتصر فيه عليها.

ولو عين نوعاً من التجارة لا يتعدى عنه الا بمقتضى الفحوى كلامه وحينئذ فلو خالف ضمن.

وفي صحة تجارته نظراً لا ان يكون فيه قيد الخصوصية من باب تعدد المطلوب وحينئذ ففي ضمانه ايضاً مشكل.

ولا يقاس المقام بباب المضاربة في الشركة الاختلاطية فان مفاد العقد في المضاربة اعطاء السلطنة الوضعية الغير منعه تكليفاً عن التصرف الخاص فان نتيجته منعه حينئذ ليس الا حرمته تكليفاً وهو لا ينافي صحة العمل بسلطنته عليه وضعاً ومن هذه الجهة يجيء فيه الضمان بنهيه.

وهذا بخلاف المقام الذي ليس مفاد الا مجرد الاذن في الشركة الاختلاطية تكليفاً المضاد مع منعه خاص فلا مقتضي لصحته الا اذا فرض شرط الخصوصية بنحو تعدد المطلوب وحينئذ ففي الضمان ايضاً لا يمكن له مجرى بذلك لعدم كون الآتي به حينئذ حراماً تكليفاً على خلاف نظر المالك كي يوجب الضمان.

(١) وبالجملة الجمع بين والضمان والصحة في المقام ايضاً لا يمكن الا ان يكون مقاد العقد ايضاً اعطاء السلطنته الوضعية كباب المضاربة وهو الاوجه وذلك بان يكون الشركة بعد الاختلاط يوجب ان يكون شركة حقوقية لا حقيقية وبعد ان كان حقوقياً يكون للشركة السلطنة الوضعية للتصرف في هذه الاموال وتكون

. . . .

الخسارة الآتية من هذه الشركة الحقوقية يكون على عاتقه من دون ان يكون الخسارة الواردة للمال المشترك يكون شخص الحقيقي ضامناً بل يكون في هذه المسألة فروع.

الفرع الاول : لو ادعى احد الشريكين الخيانة على الشريك الآخر فتارة يكون الادعاء بان الشريك الاول انما يدع ارجاع ما يكون مشتركاً بينهما الى الشريك المدعي بحيث انهما يتفاوقان على ان المال كان مشتركاً بينهما ويتوافقان على انهما اميناً في المال المشترك ولكن يدعي احد الشركاء ارجاع المال المشترك بينهما الى الشريك الثاني وحينئذ يكون حكمه بعد الاتفاق المنصرم يكون دعوى الامين الرد فانه لا يقبل قوله الا بتصديق الآخر وتصديقه المفروض ان الشريك الآخر يدعي عدم الرد فلا بد وان يكون المدعي للرد ان يقيم البينه واذا لم يقم البينه على ادعائه لعدم الرد فلا بد وان يكون المدعي الرد ان يحلف ويكون الحكم على حلفه .

الفرع الثاني : اذا ادعى احد الشريكين تلف المال المشترك بعد اتفاقهما على الشركة بينهما فمعنى اتفاقهما على الشركة بينهما معناه انهما متفقان على كونها امينين ومعنى كونهما امينين يكون ادعاء التلف من احدهما يقبل قوله اذا لم يكن متهماً في قوله كما أوضحناه في دراساتنا الاولى في المضاربة فعند عدم الاتهام يقبل قول الامين بلا يمين وعند الاتهام أو خوف الاتهام يقبل قوله مع اليمين فلا ضمان عليه من دون اجبار للمشترك الآخر الى قيام البينة على اتهامه وعلى الظاهر هذه الفروع خارج عن مفروض المصنف .

الفرع الثالث : اذا ادعى احد الشركاء خيانه الشركاء الآخرين على المال المشترك فتارة تكون الشركة حقوقية وتارة تكون الشركة حقيقية .

. . . .

وعلى كلا الجهتين تارة يدعي خيانة الجميع على الشركه الحقوقية وتارة يدعي خيانة الجميع على الجميع للشركة الحقيقية فلا بد من التعرض لهذه التفاصيل بعد حكمنا بالشركة الحقوقية والحقيقية على مبنى صاحب الجواهر.

الفرع الرابع : اذ ادعىٰ احد الشركاء خيانة الشركاء الآخرين باجعهم في المال المشترك فلا اشكال انه لا بد فالنتهم كل الشركاء وكلهم امناء في هذه الشركة ومن المعلوم انه لا بد من اقامة البينة لكل واحد من الشركاء في اتهام الوارد عليهم من هذه المتهم بحيث لو اقام البينة لكلهم في الاتهام الوارد عليهم لثبت ذلك وان نقص في اقامة البينة في الاتهام المزبور كان للمتهم الحلف على عدم الاتهام في ذلك فالمدعي للاتهام واحد والمتهمين جماعة وحينئذ لا بد وان يقيم المدعي البينة على حسب ادعائه ومن المفروض ان البينة لا بد وان يقيم على دعواه وحيث كانوا متعددين كانت تلك الدعوى الواحد منحلاً الى دعاوي متعددة وهذه الدعاوي المتعدد لا بد ويثبته بقيام البينه على كل واحد من دعاويه نحو تعدد العين فيكون الشركاء متعددين والعين متعدد حسب تعدد الشركاء والبينة متعدد حسب تعدد الدعاوي على هذه الاموال وان لم يقم البينه لواحد منهم لزم له الحلف على عدم الاتهام ، وان اختلفا في ثبوت البينة لواحد منهم فكان الذي اقيم البينه عليه يضمن لكونه متعدد يا حسب البينه والذي لم يقم البينة على تعديه كان له الحلف ، ولا يثبت ادعاء المدعي للتعدي والتفريط وعلى هذه فان ادعاء الشريك على تعدي اصحاب الشركة اذا كانت الشركة حقيقية كان الادعاء منحلاً الى ادعاءات متعددة وكانت البينة محتاجة الى هذه الدعاوي وكان كل واحد عليه البينة خاصة ، وان لم يقم على دعواه البينة على المنكر اليمين على نفي الاتهام فاذا اقام البينة بعض المدعين ولم يقم على دعواه البعض الآخر كانت البينة مثبتاً

. . . .

لدعواه دون الآخرين فلو اقام البينة بعض ،كان المتهم تثبت عليه الخيانة الخاصة لهذا الشريك الذي أقام البينة ويكون ضامناً لرأس المال الموجود له في هذه الشركة ولكن الشركاء الذي لم يقيموا البينة كانوا على شركتهم ، وكان الذي توجه اليه الاتهام باقياً على امانته وتكون قاعدة الامين جارياً عليه بتفصيله هذا اذ كانت الشركة حقيقية كما يراه صاحب الجواهر .

الفرع الخامس : وان عرفت التفصيل في ذلك فلا فرق في ان يكون ادعائه الخيانة لشخص واحد من الشركاء أو كان ادعاء الخيانة للشركاء الحقيقين ، وعلى هذا فلا فرق بين ان يكون ادعائه على واحد من الشركاء أوكان الادعاء على جميع الشركاء في هذه الدعوى الاتهام حيث انه يثبت لو اقام البينة والضمان وان كان على الكل فايضاً يكون على هذا المنوال لا بد وان يقيم البينة فيثبت وان لم يقم فلا يثبت ويكون في الشركة الحقيقية دون الشركة الحقوقية ودون الشركة الحقوقية الآتية .

الفرع السادس : اذا اتهم الشركاء الحقيقين بالخيانة وقلنا بان هذه الدعوى ترجع الى دعاوي متعددة ولا بد وان يقيم على المدعي على كل واحد من الشركاء البينة على اتهامه واذا لم يقيم على واحد منهما البينة على ذلك وكان متهماً بذلك التعدي والتفريط فلا بد وان يحلف على انه ما فرط في شركته مع صاحبه وهذا شأن جميع الشركاء في ذلك .

الفرع السابع : بعد ان كان الاتهام وارداً من واحد الى الجماعة فتعدد الدعاوي يوجب تعدد العين وكلهم امناء وكان الاتهام وارداً على تعديهم في امانتهم فان اقام البينة عليه تعديهم يثبت الاتهام ، ويكون ضامناً لكل الشركاء بقاعدة تعاقب الايادي فتكون الشركة الواحدة الحقيقية منحلاً الى الضنانات

....

مستقله حسب تعدد الشركاء في مقدار سهامهم واذا اقام البينة على تفريط واحد منهم أو جمعهم بكون المعاملات الواردة منهم قبل قيام البينة مجازاً في تصرفاتهم وبعد قيام البينة تكون المعاملات فضولية محتاجاً الى الاجازة وبعد قيام البينة تكون المعاملات الواردة من الشركاء الذي اقيم بينه على تفريطهم ايضاً صحيحاً لقيام الاجماع الذي قلنا به فيما سبق .

الفرع الثامن : اذا كانت الشركة حقوقية بمعنى بعد ان شكلوا المساهمين شركة كانت هذه الهيئة الاجتماعية مالكه لرأس المال ، وكانت السهام أجنبية عن الشركة ونسبة المساهمين في الشركة كانت عبارة عن نسبة العلية لمعلولها ويكون اطلاقات الشركة الشاملة للشركة الحقوقية من دون ان يكون شاملاً للشركاء الحقيقين لان المساهمين انما يكون آثار الملكية لازمه لهم واما التصرفات في هذه الملكية فهي شأن الهيئة الاجتماعية ولا دخل للشركاء التصرف في هذه التصرفات الجائية في الرتبة المتأخرة الذي هو شأن الشركة الحقوقية كما مثلنا في تصويره ، ولكل من المساهمين آثار خاصة تخص بهم وان للشركة والهيئة الاجتماعية آثار خاصة تخص بهم ويستحيل ترتب كل آثر الا على مؤثره الخاص الذي يخص به ، ففي هذا المقام لو وجه دعوى الى الشركة التي هي الهيئة الاجتماعية ، وتارة يوجه الدعوى الهيئة الاجتماعية الى شخص خاص وتارة يوجه دعوى الهيئة الاجتماعية الى الهيئة الاجتماعية فهذه الاقسام المتصورة في هذا المجال ، ويمكن ان نتفرع عليه فروع آخرى حسب التفصيلات الجائية فنقول بعد ان كانت الشركة حقوقية وكانت الهيئة الاعتبارية مالكاً وكان الشركاء الحقيقين يملكون مصير الشركة لانفس امواله الخارجية وعلى هذا قلنا بان المالكين الحقيقين يكون لملكيتهم آثار لا تكون تلك الآثار للملكية الحقوقية والفرق بينهما في الآثار قلنا

. . . .

سابقاً عند التعرض في الملكية الحقيقية والملكية الحقوقية وعلى هذا فان وجه الهيئة الاجتماعية الدعوى التعدي والتفريط الى شخص خاص من المساهمين فان توجيه الدعوى الى ذلك يكون قاعدة الدعوى متوجهةً الى هذا الشخص فان الهيئة الاجتماعية لا بد لها من اثبات الدعوى بالبينة لهذا المدعي عليه فان اقام البينة على ذلك فيكون المدعي عليه ضامناً للتعدي والتفريط وان كان الهيئة الاجتماعية لم يكن لدعواه بينه على ذلك فلا بد وان يحلف المنكر على عدم التعدي فان حلف على ذلك كان الاتهام الموجه عليه ينمحي بالحلف واما واذا كان لم يحلف بذلك فان نكون له عن الحلف ما يستوجبه فيمكن التعرض له في ضمن الفروع الآتية .

واما اذا ادعى احد الشركاء التعدي والتفريط للهيئة الاجتماعية أي الشركة فان ادعاء ذلك يوجب ان يكون له بينه على ذلك ولا يمكن ادعائه لذلك موجباً للاتهام المساهمين في ذلك لان الاطلاقات الواردة على الهيئة الاجتماعية يغاير الاطلاقات الواردة على المساهمين في الشركة ، وهذه الاطلاقات لا يمكن ان يكون معيناً لحكم الوضعي للمساهمين والشاهد على ذلك ان اليد الموجود للهيئة الاجتماعية يستحيل ان تكون معيناً لحصه المساهمين وانما تكون اليد الموجود للهيئة معيناً للتملك لنفسه لانه الهيئة انما يكون متملكاً واليد الموجودة فيه امارة على ذلك واما المساهمين لا يكون لهم اليد الموجود للشركة الدال على تملكه اذ يدين عرضيين يستحيل ان يكون لشيء واحد فلا يكون المساهمين سلطنة على المال المشترك بعد ان كان الشركة متشكلة بهذه الاموال فالشركة الحقوقية هي التي تملك ما هو في يده ويكون الادعاء الوارد على التعدي والتفريط وارداً على الشركة والمفروض ان الهيئة الاجتماعية اخرى تدعي التعدي والتفريط على هذه

....

الهيئة الاجتماعية اي شركة اخرى تدعي التعدي والتفريط للشركه الثانية ففي الكل يكون اصحاب السهام في كلا الشركتين خارجين عن الاتهام ويكون التنازع وارداً على نفس الشركتين وتصوير ذلك قد مر الكلام فيه في تصوير الملكية للدولة وان ملكية المساهمين تكون لها آثار خاصة وملكية الشركه آثار مباينه لملكية المساهمين والمفروض ان الشركات عند ادعائهم للخيانة لشركة اخرى انما يكون المسؤول هو الشركات لا الشركاء وعلى المدعي اقامة البينة وعند عدم وجود البينة على ادعائه لا بد وان يحلف والحلف وارد على الشركة كما ان البينه واردة على الشركة كما هو المفروض في الادعائات الشخصية .

الفرع التاسع : قد عرفت الفرق بين ان تكون الشركة عبارة عن اختلاط الاموال وتكون الشركة الحقيقية والفرق بين ان تكون الشركة حقوقية فان في الحقيقية في الشركات يكون الافراد مالكين وتكون الشركة راجعة الى الكلية المبهمة أي الشركة الاشتراكية لا يمكن تصور الملكية المبهمة لواحد من الشركاء المساهمين ولا يمكن ان يتصور لواحد منهم اليد على اما ساهمه لعدم تصور الملكية المبهم عند العرف والعقلاء فيرجع هذا النوع من الشركة الى الاختلاط الى الشركة الشيوعية لا يمكن تصور الملكية للمساهمين وهذا بخلاف الشركه الحقيقية حيث ان الافراد مالكين للمال المساهم ومنه يرجع الشركات ان كانت شركة حقيقية يكون الافراد مالكين للملك المشترك ويكون له التصرف في ذلك وعلى هذا فالملكية على منواله والتصرفات الواردة على المال المشترك على منواله ، ولكن هذا بخلاف الملكية المختلطة حيث لا يكون الشركاء لهم اليد على المال ولا يكونوا مأذونين في التصرف في المال الا باذن الآخرين وتصرفاتهم لا بد وان تكون على مأذن أو التصرف الاذن الى ذلك ، وليس مالكين لشيء معين بل لا

. . . .

يكونوا مالكين في رأس المال اصلاً لعدم تملك الشيء المبهم عند العرف والعقلاء فيكون العقلاء غير معتبرين الملكية لهم باسهامهم في الشركة .

الفرع العاشر : الشركات الحكمية الذي يكون المال مشتركاً بين الشركاء أو الشركات القهرية كالارث ونحو ذلك والاشتراك في حفر الآبار وحيازة المباحات تكون الشركة قهرية والشركة القهرية وان كانت بالمناصفة الا ان الشركه تكون حكمية والشركة الحكمية لا يمكن التصرف لكل واحد فهم الا باذن الآخرين المشتركين في هذا المال وتكون الشركة الحقيقية يكون المال بعينه مشتركاً بينهما وان كان يمكن ان تكون حقوقية اذ بعد ان اشتركا في الصيد أو اشتركا في حيازة المباحات أوكانا متوارثان في وارث وانتقل اليهما فيكون ذلك المنتقل اليهما يعقد ان الشركة حيث ان المال المنتقل اليهما يجعلانه رأس المال ، ويكون المال كالمساهمين للشركه وحيث كانت كذلك يكون الربح الوارد على الرأس المال مشتركاً بينهما وتكون هذه الشركه حقوقية حيث ان الهيئة الاجتماعية مالكه لرأس المال والربح العائد لهذا الرأس المال مالكه للهيئة الاجتماعية ولا يكون للمساهمين التصرف في هذه الارباح الا اذا كانت للهيئة الاجتماعية كان المتعدي اشخاص حقيقية أو اشخاص حقوقية كما عرفت التفصيل في ذلك وسيأتي في أواخر ما لم يتعرضه الماتن من التفاصيل الذي سنذكرهُ في الكتاب في ضمن مسائل انشاء الله ، وعلى هذا فلا يكون منحصراً للشركات الحكمية في الشركات المختلطة بل بعد الاختلاط يمكن ان تكون شركة حقوقية ويمكن ان تكون شركة حقيقية وكيفية الحق لا بد بيانه كما سيأتي وعلى هذا فلا ينحصر ذلك في الشركة دون شركة وقد عرفت في ما تقدم ان الحالف انما يكون لكل شريك ان يكون له حلف في ذلك اذا كان الشركاء الحقيقين والشركه اختلاطية واما اذا كانت الشركة

(**مسألة ١١**) : إذا ادعىٰ العامل التلف قبل قوله مع اليـمين لانـه أمين[١] .

(**مسألة ١٢**) : تبطل الشركة بالموت والجنون والاغماء والحجر بالفلس أو السفه ، بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف وأما أصل الشركة فهي باقية نعم يبطل أيضاً ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة

حقيقية وكانت الشركة حقوقية فقد تقدم ان الهيئة الاجتماعية للشركاء تكون عبارة عن مدعي واحد قد ادعى الخيانة فتارة يدعي الخيانة لشركة اخرى يكون من قبيل النزاع بين الشركتين ويكون من قبيل الدعوى من واحد والانكار من اخرى وتارة يكون الادعاء على مشتركين حقيقين لا حقوقيين فان الشركاء الشخصيين تكون البينة لا بد وان تقوم بينه واحده للشخص المتهم والحلف يكون له حلف واحد للشركة الحقوقية واما اذا كانوا متعددين يكون بنسبه كل واحد لا بد وان يقوم البينة على تعديهم واذا لم يقم بينه على ذلك فلا بد وان يكون لكل واحد منها واما لكل واحد منهم الحلف على نفي الاتهام وتفصيل المسألة في باب القضاء .

(١) في المسألة الحادية عشر فقد ذكرنا ان الشريكين امينين في شراكتهما فكل ما يدعي كل واحد منهما التلف قبل قوله في صورة الاتهام يحلف وكذا في صورة عدم الاتهام لقيام الاجماع على ذلك مع انه منكر للتعدي والتفريط واما اذا كان الامين مدعياً للرد كان ذلك لا يكون ادعائه كافياً للقبول من عدم البينة لانه يشترك بينه وبين الشريك الآخر .

واما ما قيل في المقام من التفصيل بين الاتهام ففي مورد الاتهام يلزم بالبدل واما في صورة عدم الاتهام فلا عليه غريب من هذا القول وقد عرفت التفصيل في ذلك في كتابنا الاول في كتاب المضاربة وتعرف ضعفه .

إلى مـاله أو نقصـان الخسـارة كـذلك[1] . إذا تـبين بـطلان الشـركة

---

(١) في المسألة الثانية عشر فروع :

الاول : بطلان الشركة بالموت اذا كانت الشركة من العقود الجائزة .

بطلان عقد الشركة اذا كانت من العقود اللازمة .

بطلان عقد الشركة اذا كانت من الشركة الحكمية .

بطلان عقد الشركة اذا كانت من العقود الذي يوجب بايجاد العقد الاختلاط متعقباً للعقد أو متأخراً عنه .

اما الاول فان عقد الشركة على مبني المشهور لما كانت من العقود الجائزة ولكن المشهور بعد حكمهم بجواز العقد يرون الشركة الحقيقية عبارة عن الاشتراك في الملكية والاشتراك في الملكية معناه ان يكون المتشركين يتداخل ملكيتهما لا مملوكيهما ويكونان مشتركين في السلطنة وهذا الاشتراك في السلطنة لا يـمكن التفاسخ بينهما الا بالقسمة وقد ذكرنا مراراً سابقاً ان القسمة يـمكن للـمشتركين السلطنة على ذلك واما كونه حقاً يورث فلا تكون القسمة لانه حكم والحكـم لا يمكن ان يورث لان القسمة الذي هو بمنزلة الاقـالة يكـون نـاشئاً مـن سـلطنت الطرفين على المال المشترك ولا يكون ذلك من الاحكام الغير قابلة للاسقاط ولا الارث .

نعم بعد موت المورث وانتقال المال الى الورثة كانت الوارث بمعنى كونهم موروثين للمال للمشترك لهم القسمة بما انهم مالكون لا لتـوريثهم للمـال وحـق القسمة ويكون نظير الاقالة .

ولا ينافي مع كون العقد جائزاً على رأي المشهور لان السلطنة التي أوجبت ان يكون عقد الشركة موجباً لتداخل الملكيتين الذي هو حكم من الاحكام الذي لا يسقط بالاسقاط ولا يورث الا بارث منشأ انتزاعه فكـونه مـن العـقود الجـائزة لا

. . . .

يوجب الموت بطلانه لان الوارث لا يمكن ان يقسم المال المشترك الا بان يكون مالكاً ثم بعد التمليك يمكن لهم القسمة اذا تراضوا بذلك فلا يوجب البطلان اذا كان النظر الى جواز عقد الشركة .

وثانياً : فان جواز العقود بعد ان كانت اذنية يكون المشهور قائلين ببطلانه من جهة انهم يرون ان المالك انما يرى تصرفاته ويرى ان هذه التصرفات انما يرى عاشه نفسه واما بالنسبة الى وراثه فلا يكون نوياً لكونهم يتصرفون هذه التصرفات لهم فيكون اجراء العقد ما دام لنفسه باقياً واما بالنسبة الى وارثه فلا يكون العقد متوجهاً اليه فيرون المشهور القائلين بالبطلان من هذه الجهة فلا يرون العقود الجائزة الا عقود أوقتية يوجب بطلانه بمجرد الموت وادعى عليه الاجماع شأن الاجماع في المقام هو ان المشترك لا يلاحظ وارثه وانما يلاحظ نفسه والعقد الجائز اذا مات احد الشركاء ينفسخ بنفسه لانه ينفقد الاهلية للتملك وقد ذكرنا في دراساتنا الاولى في المضاربة بيانه انه ليس كذلك ، وذلك لان ايقاع النسبة عام والقبول الواقع من الشريك الثاني ايضاً له عموم واطلاق والموجب انما يرى ايقاع النسبة على الاطلاق ويرى قبول القابل على الاطلاق وحينئذ لا يكون العقد محدود أبزمان دون زمان وبعمر الشريك دون شريكه وعلى هذا فلا يكون محدوداً بحد يوجب بطلان الشركه بموته فالعقود الجائزة مطلقاً لا يكون مبطلاً بموت الطرفين وكل صار اليه المجمعين أو المشهور هو هذا المعنى وهذا لا بد وان يكون قرينة معينة والا فايقاع العقد يوجب بقائه الى الا بد في العرف والعقلاء هذا بناء على جواز العقد وكون عقد الشركة من العقود الجائزة فان الموت لا يوجب البطلان .

الفرع الثاني : اذا كان عقد الشركة لازماً كما قلنا به وقال به صاحب الجواهر

. . . .

فيكون كعقد البيع لا يكون موت احد المتشاركين موجباً لبطلانه لان ايقاع النسبة يكون باقياً الى اللابد ، ولا يكون شيئاً موجباً لبطلانه الا الفسخ الذي يتعقبه القسمة وعليه فان شمول (أوفو بالعقود) دالاً على عدم بطلانه بمُوت احدى الطرفين ، والقِسمة قلنا بان المتشاركين بانفسهما مسلطين على القسمة كما مر ذلك .

وعلىٰ اللزوم يجري فيه جميع الخيارات حتى خيار الشرط وغيره كما قدمنا بذلك مراراً .

واما الجنون فان العقد لما كان عقلائياً واذا كان الجنون اطباقياً فلا يرون العقلاء قابلاً لتوجيه العقد اليه فاذا كان عاقلاً واجرى عقد الشركة ثم جنَّ بعد ذلك فيكون العقد العقلائي الذي يرى العقلاء بقاء تلك الامر الوجداني باقياً اعتباراً وحينئذ فان في دورة جنونه الذي أوقع العقد كان صحيحاً ولما جنَّ فان الجنون مانع عن التصرفات الواردة على المال وحينئذ يكون ممنوعاً من التصرف ، واما نفس العقد فكان وقوعه صحيحاً وبقائه ايضاً صحيحاً ولكن تصرفاته تكون ممنوعةً عنه فلا بد من يتصرف وليّه في المال المشترك .

ويمكن ان يقال بان العقد الجائز انما كان وقوع العقد منه صحيحاً عاقلاً واما في العقود الاذنية لما كان بقائه عين حدثه من ان يكون الاذن باقياً حتى يحكم ببقائه ومن المفروض ان الحدوث وان كان عاقلاً والعقل في حال الحدوث كان كافياً في حال حدوثه واما في حال البقاء لا بد وان يكون عاقلاً حتى تكون هذه العقود الاذنية باقيةً والمفورض ان العقلاء لا يرون عموم الشركة شاملاً له فلا يرون له اهلية الاذن في حال البقاء فلا يرون العقود الاذنية باقيةً بعد عروض الجنون فيبطل العقد وعلى هذا يكون بطلان العقود الاذنية بعد طرئاً جنون وليس له البقاء فيبطل هذا في الجنون الاطباقي واما لجنون الاءدواري فان في بطلان العقد

....

يوجب ان يكون الخطاب الوارد من الناس للعقلاء بما انهم من العقلاء فان في دورة جنونه تكون الاطلاقات منتفيةً عنه وبعد انتفائه يكون العقد باطلاً وبعد بطلان العقد اذا عقل يحتاج الى عقد جديد ولا يكون العقد الاول باقياً حتى يتمشى منه .

الفرع الثالث : اذا كان عقد الشركة من العقود اللازمة واجرى العقد في حال صحته وطرء الجنون الاطباقي يكون العقد نافذاً ولا يكون الجنون موجباً للبطلان اصلاً ولا فرعاً ، بمعنى انه لو كان العقد لازماً وطرء الجنون في أثناء الشركة فان رأس المال يبقى مشتركاً واما الارباح الواردة من رأس المال فتكون باقيةً امانة للشركاء الآخرين أو التسليم الى وليّه الاجباري أو الاختياري على المباني المتقدمة .

الفرع الرابع : اذا جنَّ الشريك بعد انعقاد الشركة وكان العقد جائزاً وقلنا بان الشركة انما يكون بالاختلاط لا يجوز التصرف لكل واحد من الشركاء في هذه الشركة الاشاعية الا باذن وليه الاجباري أو الاختياري الذي هو حاكم الشرع كان العقد جائزاً أو لازماً ، كما صار اليه صاحب الجواهر ، واما اذا قلنا بان الشركة الحقيقية عبارة تداخل الملكيتين وكانت الشركة لازماً فان بانعقاد الشركة في حال صحته يبقي الى الماتن ولا يمكن فسخه الا بان يكون هو الذي يطالب بالقسمة والمفروض جنونه فاذا كان هناك مصلحة يقوم الولي الغير اجباري مقامه .

الفرع الخامس : اذا طرء الاغماء لاحد الشركاء الاغماء ، فتارة يكون الاغماء اختيارياً وتارة يكون الاغماء قهرياً .

اما اذا كان الاغماء اختيارياً بحيث كان باختياره جُعل سبب الاغماء فان العقد يبطل ، وتكون جميع الآثار المترتبة على فساد يجرى عليه .

واما اذا كان الاغماء غير اختياري وكان بحيث أُغْمى عليه ثم افاق لا يكون

. . . .

العقد باطلاً لان الاطلاقات لو كان ينصرف اليه كان انصرافاً الى الفرد النادر .

واما السكر كذلك فان كان السكر اختيارياً كانت موجبة لبطلان العقد واما اذا كان السكر غير اختياري فلا يوجب بطلان العقد واما اذا كان النوم الخارج عن العادة فانه لو كان اختياريه يوجب بطلان العقد واما النوم الخارج عن العادة يكون كذلك. واما الحجر والسفه والفلس فلم كانت الشركة عبارة عن قدرته على الاستملاك والتصرفات المستلزمة ففي هذه الامور لا يمكن له التصرفات اللازمة للتملك فقهراً يوجب بطلانه .

الفرع السادس : اذا كانت الشركة الحقيقية على رأي صاحب الجواهر ومن حذا حذوه عبارة عن اختلاط الاموال فقهراً عند عروض ما يوجب بطلان العقد لاحد الشركاء موجباً لعدم جواز التصرف للآخرين في المال المشترك حتى يصدر الاذن من المسلط على الاذن ولياً كان اختيارياً أو اجبارياً كما صار اليه الماتن .

واما اذا كانت الشركة عبارة عن تداخل الملكيتين لا المملوكين فان الشريك ليس له ملكيةٌ لا الحصة من اليد على المال المشترك فاذا عرض احد موانع التصرف لاحدى الشركاء كانت يد الشريك الآخر مطلقة ، ويمكن له التصرف في مال المشترك بحيث لا يوجب خلاف الامتنان لباقي الشركاء حتى الذي منع من التصرف في ماله ، وعلى هذا فلا يكون على هذا المبني موجباً لبطلان العقد ولا يكون موجباً لعدم جواز التصرف لباقي الشركاء وانما يكون ممنوعاً اذا كان خلاف الامتنان لباقي الشركاء كان عارضاً عليهم هذه الامور أم لا .

الفرع السابع : الزيادة أو كان لاحد الشريكين زيادة في الربح أو زيادة له من دون عمل أو نقصان للخسارة الواردة لاحداهما فان كل ذلك لا يوجب بطلانه وان كان الشخص خرج عن أهلية التصرف اما بناء على لزوم العقد فقد عرفت ان العقد

....

بعد ان كان منشأ على وجود الشرائط فخروجه عن الاهلية لا يوجب جواز العقد بعد ان كان واجب الوفاء .

واما بناء على مبني المشهور الذي يحكم بجواز العقد كسائر العقود الاذنية وان بقاء العقد كحدوثه يكون دائراً مدار الاءذن ، وحيث كانت حدوث العقد وشرائط مورد الاذن كذلك بقائه يكون دائراً مدار الاذن واستجماعه للشرائط وفي المقام لما كانت شرطية الخسارة كونه للمفقود عقله أو الخسارة عليه وغير ذلك من اللوازم فان مع فقد احدى الشرائط يحكمون ببقائه المشهور وذلك لان الشك لما كان محكوماً بالبقاء على ما قررناه وذلك المشهور يحكمون بالبقاء لانه يكون من قبيل استصحاب القسم الثالث من القسم الثالث في الاستصحاب الكلي كما هو محرر في بحثه .

واما بناء على لزوم عقد الشركة فانه لو كان وجوده مستجمعاً للشرائط وقد شارك مع فقد احدى الشرائط يكون العرف حاكماً باللزوم خصوصاً مع وجوب الوفاء بالشرط كما هو واضح ولا تكون الشروط الفاقدة للشريك موجباً للاضرار بالشركة اذا كانت الشركة الموجودة شركة حقيقية وهذه الجهات التي ذُكرت تكون في الشركة الحقيقية .

الفرع الثامن : اذا قلنا بان الشركة بعد انعقادها تكون شركة حقوقية بمعنى ان بعد الاسهام تكون الشركة مالكه لرأس المال ويكون المساهمين مباينين عن الشركة ويكون وجودهم كغيرهم من كونهم لا يضر استجماع عقد وكانوا مفقودين للشرائط لا يضر بالشركة لانه بتشكيل الشركة مستجمعاً للشرائط خرج عن اختياره ودخل في الهيئة الاجتماعية ويكون الهيئة الاجتماعية مترصداً للشرائط وعلى هذا فلا يكون فقد المساهم للشرائط حتى الموت لا يكون مضر الصحة الشركة

. . . .

ويكون المساهم كاحد الاشخاص الغير مساهم لا يكون فقد موجبات تصرفاته في المال الاكون ذلك غير مضر بعقد الشركة وعلى هذا فان الشركاء انما يتصرفون في اموال الشركة لا في مال المساهم الميت أو المجنون أو السفيه أو غير ذلك من الفاقدين للشرائط .

الفرع التاسع : اذا تبين بطلان الشركة فتارة على الشركة الحكمية الذي صار اليه صاحب الجواهر من تحقق الشركة بالاختلاط وكانت عقدية بشرط الاختلاط كما ذهبوا اليه . وتارة تكون الشركة حقيقية وكانت الشركة عبارة عن تداخل السلطنتين .

اما (الفرع الاول) فان بعد بطلان الشركة فان الاجماع قائم على اجراء حكم الشركة من ان جواز التصرف لكل واحد من الشركاء وان كان غير جائز الا ان الربح بينهما كما ان رأس المال بينهما والمشهور بل قد ادعى الاجماع على ان بعد الاختلاط بين الاموال لو علما ان العقد يكون باطلاً أو حصل من فقد ان بعض الشرائط كما في المقام تصير الشركة الحقيقية حكمية وان كان العقد باطلاً الا ان الشركة الحكمية تكون صحيحةً بان ذات القيمة السوقية للمساهمين يكون الشريك الذي ابطل عقده يكون شريكاً مع الشركاء فالربح كليه بنسبه المالين وان كان العقد باطلاً ولا يكون قبليه وبعديه هذا على الاختلاط .

واما (الفرع الثاني) من الفرع التاسع بعد انعقاد الشركة كما قلنا يكون المدار على الصحة والبطلان الشركة الحقوقية لا الشركاء الحقيقين وعلى هذا فلا بد من ملاحظة الهيئة الاجتماعية للشركاء فيرى فيه جهة للبطلان فيؤخذ به والا فان الامر انما يكون لذلك الهيئة من دون ان يكون تصرف الاشخاص الحقيقين لهم أمر في هذه الشركة .

....

الفرع العاشر : بناء على ان تكون الشركة الحقيقية عبارة عن الاشتراك في السلطنة فانه بعد بطلان الشركة بانعدام احدى خصوصياته أو كانت الشركة من اصل باطلة تكون ايادي الشركاء موجودة على الشركه الحقيقية الواقعية يكون مأذوناً من الشركاء في التصرفات التي يوجب ان يكون مفتوحي اليد للانحاء التصرفات حتى المربحة ويكون مقسوماً عليهم وتكون هذه التصرفات نافذة لجميع الشركاء اذا لم يكن خلاف الامتنان لواحد منهم لان الايادي يكون امانياً وامانة اليد لم تترفع وعلى أي حال فلا يكون خلاف امانة وان قلنا بالشركة الحقيقية وان الشركاء بانفسهم مسلطون على الاموال لا الشركة الحقوقية وعلى هذا تبقى اليد على امانيته ويجوز التصرف حتى التصرفات المربحة لكنه لا بد وان لا يكون خلاف الامتنان للغير من الشركاء كما عرفت .

الفرع الحادي عشر : فلو كان مقيداً بالصحة يكون مورداً للخيار لان التقييد بالصحة ان كان عبارة عن كون العقد مقيداً به والامر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده يكون العقد صحيحاً ، ولكن الشركاء ضامنين لرأس المال والربح الحاصل من رأس المال الذي كان مخالفاً للجهة الذي يكون مخالفاً للشركاء هذا اذا قلنا بان الشركة حقيقية ولا يكون العقد فضولياً وانما يكون المخالف ضامناً فقط ويكون العامل له اجره المسمى لا المثل كما هو المفروض سواء كان العمل منهما وان كان للعامل فله اجره المسمى كما هو واضح .

الفرع الثاني عشر : هذا كله اذ كانت الشركة حقيقية هذا ما صار اليه صاحب الجواهر ومن حذا حذوه واما اذا كانت الشركة حقوقية كما هو الاصح فان تخلف الشركاء في الشركة لا يكون موجباً لبطلان العقد ، فان العقد أوجب العقد للهيئة الاجتماعية فيكون التخلف موجباً للضمان للشركة الحقوقية وكل من كان عاملاً

....

للشركة الحقوقية فان اجرة المثل يكون له على منوال العقد المسمى ، والضامنين انما يضمنون الخسارات الواردة على الشركة للشركة من دون ان يكونوا ضامنين للاشخاص الحقيقين وعلى أي فلا يكون الضمان الا هذا النحو من الضمان للاشخاص الحقوقيين وبهذا تعرف انه لا معنى لان يكون الاشخاص الحقيقين .

الفرع الثالث عشر : كل ما قلنا بالنسبة الى الاشخاص حقيقين نقول في الاشخاص الحقوقين ، فالاشخاص الخارجيين انما يكون ضامناً للهيئة الاجتماعية والذي يضمنه البنك أو الشركة أو تعدي عنه وفرط لا بد وان يكون هو الضامن لشركة اخرى أو الشريك نفسه أو لشخص خاص وما نقول في تعاقب الايادي نقول للشركات بعد ان كانت حقوقية ولا يحتاج الى احد يكون هو المسيطر على هذه الشركة وانما لهيئة الاجتماعية للشركاء يكون كافياً للاسهامهم في الشركة وقد سبق منافي المصير الى ملكية الدولة قلنا بان المشهور من القدماء كانوا قائلين بذلك وحذينا حذوهم بعد ان كانوا يقبلون هديا الحكومية في زمن بني العباس وبني أمية ويعلموا بان هداياهم لا يخلو من الظلم على القصر والايتام فان قبول هذه الهدايا يكشف انهم كانوا يرون ملكية الدولة لهذه الهدايا فيبقى الغرم على الذي ظلم ويبقى الغنم للذي اخذ وعلى هذا قلنا بان الهيئة الاجتماعية مالكه وتكون هذه شخصية حقوقية وكذلك فيى الشركات باجمعها تكون الشركة حقوقية خصوصاً في البنوك الموجودة حيث ان المساهمين في البنوك انما يقصدون الاستيداع ولكن الهيئة الاجتماعية للبنوك انما لهم الاذن العام للتصرف بهذه الاموال الطائلة لمقاصد البنوك دولياً كان أو شخصياً وعلى هذا فيكون البنك هو الذي له السلطنة التامة للاموال المودعة عنده وعلى هذا فيكون له حق التصرف بهذه الاموال ويكون البنك ايضاً ويكون البنك ايضاً مودعاً تكون القوانين الجارية

فالمعاملات الواقعة قبلة محكومة بالصحة ويكون الربح على نسبة المالين لكفاية الاذن المفروض حصوله . نعم لو كان مقيداً بالصحة تكون كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً . ولكل منهما أجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصة الآخر إذا كان العمل منهما . وإن كان من أحدهما فله أجرة مثل عمله .

(**مسألة ١٣**) : إذا اشترىٰ أحدهما متاعاً وأدعىٰ أنه اشتراه وادعىٰ الآخر انه اشتراه بالشركة فمع عدم البينة القول قوله مع اليمين ، لانه أعرف بنيته كما أنه كذلك لو ادعى أنه اشتراه بالشركة وقال الآخر أنه اشتراه لنفسه فانه يقدم قوله ايضاً لانه أعرف ولانه أمين تمّ كتابُ الشركة(١) .

فيه مجوزاً للتصرف باي نحو يريده كما هو المتعارف للذي يكون قواعد البنوك عارفاً له .

(١) في هذه المسألة فروع لا بد من ذكرها .

الفرع الاول : لو كانوا شركاء متعددين وكان الكل يبيعون على حساب الشركة ويشترونه على حسابه وكانت الشركة أقيمت للاسترباح برأس ماله وحينئذ اشترى احدهم مالاً واشتراء المال لا بد وان يكون الجميع وكلاء لحساب الشركة وصار بينهم نزاعاً فان هذا التنازع يرجع الى ان الذي اشتراه كان بعنوان الوكالة عن الباقين أوكان بعنوان نفسه فان النزاع انما يستقيم على هذا المنوال وذلك بناء على ان تكون التجارة والشركة حقيقية وتارة يكون حقوقية .

الاول من الاول : وهي ما اذا كانت الشركة حقيقية فان الذي اشتراه انما يكون على فرض الوكالة مشترياً للشركة وعلى فرض كونه لنفسه يكون مسلطاً عليه

. . . .

من قبله وهذه الجهة الذي يستندون اليه في كبرى من ملك حيث انه بقبول قوله من دون بينه ويمين وانه لما كان مالكاً للتجارة واخذ الثمن كان مالكاً له في التصرف بانه اقرار بما هو مسلط عليه كما عن العلامة في القواعد في تلك المسألة وفي باب الاقرار فنقول :

الظاهر ان المراد من ملك الشيء في المقام هو السلطنة على التصرفات في الشيء من النقل والانتقالات وغيرهما اعم من ان يكون ذلك اصالة أو وكالة أو ولاية والمراد من الاقرار هو المعناه اللغوي وهو أثبات الشيء قاراً في المحل سواء كان محل القرار هو نفس القرار وغيره فيكون المعنى ان كل من كان له فعل الشيء وتثبيته على محل سواء كان محل التثبيت هو نفسه أو غيره كان له الاقرار به بمعنى انه كما ان له تثبيت الشيء واقعاً بفعله وانشائه كان له ايضاً تقريره باقراره من جهة اقتضاء السلطنة الملازمة بين القرارين .

واما المدرك لهذه القاعدة فامور منها الاجماع كما يظهر ذلك من ذهابهم في كثير من الموارد الى هذه القضية وتعليلهم فيها بان كل من قدر انشاء شيء قدر على الاقرار به كما عن القواعد الشهيد وما ذكره في الايضاح بان كل من يلتزم فعله أو انشائه كان اقراره بذلك ماضياً عليه والمحقق (قده) في مسألة اقرار العبد المأذون في التجارة بانه يملك التصرف فيملك الاقرار به والقاضي في المهذب في مسألة اقرار المريض المكاتب لعبده في حال صحته بانه قبض مال الكتابة صح اقراره وعتق العبد لان المريض يملك القبض فيملك الاقراره به .

ومنها قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز .

وفيه عدم صلاحية حديث القرار لان يكون مدركاً لتلك القاعدة من جهة اختصاصه بالآثار الضررية التي يلتزم على المقر نفسه دون غيره بخلاف هذه

....

القاعدة فانها تعم الآثار الملزمة على غيره ايضاً كما في دعوى الوكيل البيع وقبض الثمن وكما في دعوى ولي النكاح وغير ذلك فلو كان المدرك لها حديث الاقرار لما كان ينفذ اقراره على الموكل مع ان ظاهرهم مفروغية هذه الجهة وانه يقدم قول الوكيل فيما يدعيه كما في ما نحن فيه .

ومنها : قاعدة الايتمان كما يظهر ذلك من بعض من تمسك لها بادلة قبول قول من ائتمنه المالك بالاذن في التصرف أو الشارع وفيه انه لا ينفع في مثل الاقرار الصبي بماله ان يفعله فلا بد من التماس دليل آخر يكون مستنداً لهذه القاعدة لا يجري في الوكيل والولي فيخرجها عن كونها قاعدة واحدة وحينئذ لا بد وان يكون المدرك لها دليلاً آخر يكون جامعاً لوجه اعتبار قول الصبي كي يخرج لاجله عن أدلة عدم أعتبار كلام الصبي في انشائه واخباره ويوجه اعتبار اقرار الوكيل والولي حتى يحكم على أدلة عدم نفوذ الاقرار على غير المقر .

وعلى الجملة المقصود في المقام هو الملازمة بين السلطنة على الشيء وتثبيته في المحل بانشائه واقعاً وبين السلطنة على اقراره ظاهراً سواء كان المحل القرار هو نفسه المقر أو غيره فان كان هناك أجماع على هذه الملازمة فهو الا فلا ينفع شيء الا ما ذهبنا اليه تكراراً من عدم الانتفاع بالاقرار ولا حديث الائتمان .

والتحقيق ان قضية السلطنة تكفي لترتب جميع الآثار الموجودة للاقرار فان اطلاق السلطنة تؤيد ان السلطنة على الاقرار تكون مسلطاً على الثبوت الواقعي فان قضية الاطلاق يكون كذلك ، وهذه السلطنة لما كانت امتنانية فلا يشمل ما يكون خلاف الامتنان للغير حتى نفسه ، وعلى هذا فيكون الاقرار لما كان سلطاناً على هذا الاقرار فلا يشمل ما كان على خلاف الامتنان لا على نفسه ولا على غيره ، فيكون عاماً شاملاً للآثار النفعية والضررية وذلك لان السلطنة تارة يكون

. . . .

الاقرار للغير امتناناً له ويكون خلاف الامتنان لنفسه كما في اقرار الوكيل بانه اشتراه لموكله أي الشركة فيكون امتناناً لموكله من دون امتناناً لنفسه فلا بد وان لا يكون دليل السلطنة جارياً في لمقام وعلى الجملة المقصود في المقام هو الملازمة بين سلطنة على الشيء وتثبيته في المحل بانشائه واقعاً وبين السلطنة عليه باقراره ظاهراً سواء كان محل القرار هو نفس المقر أو غيره فان كان هناك اجماع على هذه الملازمة فهو الا فلا ينفع شيء مما ذكر من الحديث الاقرار وحديث الائتمان .

ثم لا مجال للتمسك بعموم السلطنة لاثبات الملازمة بينهما من جهة عدم الشمول لصورة الشك في الموضوع من جهة الشك ان الشك حينئذ في أصل ثبوت السلطنة على التثبيت والتقرير .

وكيف كان فلا عموم لتلك القاعدة نعم الآثار النفعية بل هي كقاعدة الاقرار مختصة بالآثار الضررية فان كان هذا الاقرار هو نفسه يترتب عليه ما عليه من الآثار الضررية لا ماله من الآثار النفعية ، وكذا اذا كان محل القرار والتثبيت غير المقر كالوكيل بالنسبة الى موكله والولي بالنسبه الى المولى عليه فيترتب للآثار فقط دون غيرها من الآثار النفعية .

فلا يستشكل حينئذ بانه لو كان الوكيل وكيلاً في البيع أو الوقف ولو لنفسه كان اللازم مما ذكرنا عن عدم شموله للآثار النفعية للمقر عدم سماع اقراره بالبيع والوقف لنفسه مع انه لا اشكال عندهم في سماع اقراره .

وذلك لما عرفت من انه انما يفكك بين الآثار النفعية والضررية بالاضافة الى محل القرار لا مطلقاً حتى بالاضافة الى غيره وفي المثال كان محل القرار هو الموكل خاصة دون نفس المقرر وفيه كان الآثار المترتب من الآثار الضررية حيث يحكم بخروج المال عن ملكه وصيرورته اجنبياً عنه وبالنسبة اليه ، وهذا وان كان

....

ملازماً بوقفية العين للمقرر نفسه لكنه لا يكون ذلك محل القرار والتثبيت كي يكون الحكم بوقفيته له منافياً لما ذكرنا من عدم ترتيب الآثار النفعية على الاقرار.

وبذلك ربما ظهر الفرق بين مثل الاقرار على الخياطة كما لو أقر بان فلان قد خاط لي ثوباً حيث يسمع اقراره بلا خلاف بين الاصحاب وبين اقراره ببرائه الذمة من الدين الذي لا اشكال عندهم في عدم سماعه فلا يرد الاشكال بانه كيف التفكيك بين الفرعين مع ان المديون كالمقر في تلك المسألة من سلطنة على الزام الغير وكونه مالكاً للقبض نظراً الى السلطنة على مقدمه الشيء سلطنة على ذيها وهو الخياطة والقبض.

وذلك لما عرفت من ان عمده الوجه للتفرقة بين المسألتين انما هو من جهة عدم شمول القاعدة للآثار النفعية واختصاصها بالآثار الضررية فيكون وجه عدم السماع الاقرار في المثال الثاني من جهة كونه أقرار على نفعه من جهة تخلص ذمته عن الدين بخلاف المثال الاول حيث كان اقراره بالخياطة اقرار على ضرره فيسمع منه فيحصل الفرق بين المسألتين.

كما يحصل الفرق بين مثل دعوى الوكيل البيع والشراء وقبض الثمن وبين دعواه الرد الى الموكل حيث انه يسمع اقراره في الاول دون الثاني فان ظاهرهم مفروغية عدم سماعه الا في خصوص الوديعة وذلك من جهة ان سماع الدعوى في الرد انما هو من جهة كونه اقراراً على نفعه فلا يسمع منه بخلافه في دعوى البيع والشراء وقبض الثمن فانه لا يكون اقراراً منه على نفعه وعلى الجملة.

وعلى الجملة ان سلطنة المقره يكون على فعل نفسه بما هو فعله واخرى على فعله بما هو فعل الغير كالوكيل بالنسبة الى موكله في بيعه وشرائه وقبضه للثمن وثالثه على فعل الغير بما هو فعل نفسه كالسلطنة على القبض في الديون

. . . .

مثلاً حيث ان القبض فعل صاحب الدين ولكن المديون لما كان سلطاناً على اللزام صاحب الدين بالقبض كان سلطاناً على القبض الذي هو فعل الغير فيكون سلطنته عليه بما هو فعل نفسه وعلى التقادير لا بد من التفكيك بين الآثار الضررية والنفعية فيترتب ما هو أمن الآثار الضررية دون النفعية منها .

وحينئذ نقول بان عدم سماع الاقرار بالرد انما هو من جهة رجوعه الى فعل المقرض بملاحظة سلطنته على الزامه بالقبض وفي مثله كان اقراره بالقبض اقراراً على نفعه فيسمع .

وهذا بخلاف دعوى البيع والشراء وقبض الثمن فان سلطنته عليه ليس باعتبار انه فعل نفسه بل باعتبار انه فعل الغير الذي موكله وفي مثله لا مانع من سماع اقراره لكونه اقراراً على ضرر الغير الذي هو الموكل فيكون كما لو أقر الموكل نفسه على ضرره ومما ذكرنا يمكن لك ان تجعل المدرك لهذه القاعدة هو قاعدة الاقرار والايتمان بان يجعل الموارد التي كان محل القرار وتثبيت هو نفس المقر تحت قاعدة الاقرار فالموارد التي كان محل القرار والتثبيت هو غيره تحت قاعدة الايتمان فيكون حينئذ كسائر القواعد المصطاده من القواعد الآخر بلا حاجة الى الاستدلال بالاجماع على حجيتها كي يشكل بمنع تحقق الاجماع مع حكمهم على الخلاف في سائر الموارد لهذه القاعدة .

ثم انه لا ينتقض بالموارد سماع اقرار الصبي فيما له ان يفعله بدعوى عدم كون المدرك في سماع اقراره هو حديث الاقرار بنائهم على خروج الصبي من حديث الاقرار كونه مسلوب العبارة والانشاء بحديث رفع القلم وذلك لمنع خروجه عنه بعد كونه من افراده ومصاديقه .

اذ المراد من العاقل ليس الا العارف بين الخير والشر والمميز بين القبح

....

والشر ومن المعلوم صدقه على المميز الذي يعرف خيره من شره غايته انه صرح عن هذه القاعدة بمقتضي حديث الرفع القلم .

وهذا نظير ما اذا ورد دليل عام على وجوب اكرام العالم مع شموله لكل من العادل والفاسق ودليل خاص على حرمة اكرام الفساق منهم ثم خرج هذا الخاص زيد الفاسق انه يدخل تحت العام الاول ويحكم بوجوب اكرامه فالعام الاول انما يؤخذ منه الجهات النفعية دون الجهات الضررية فيكون العام الاول يؤخذ من كونه واجب الاكرام اما من جهة خروج هذا الفرد منه فلا يؤخذ به وعلى هذا تعرف انه يفكك بين في الاقرار بين الجهات الضررية فيقبل قوله دون النفعية منها اذا عرفت ما تقدم بطولة فترجع الى المسألة التي ذكرناه فلو ادعى الشريك انه اشترى متاعاً وكان اشترائه لذلك المتاع مورد للتوافق وادعى الشريك الآخر انه اشتراه لنفسه فان اشترائه لنفسه معناه ان يكون الثمن خارجاً من كيسه ولا يكون خارجاً من كيس الشركة بناء على ان تكون الشركة حقيقية ونتيجته ان يكون اقرار الخسارة في خروج الثمن من نفسه فيقبل قوله ان لم يكن الشريك الآخر يقوم البينة على خلافه .

الفرع الثاني : اذا ادعى احد الشركاء ان الذي اشتراه الشريك الآخر اشتراه للشركة فان اشترائه للشركة انه يكون مشتركاً بينه وبين باقي الشركاء ويكون الكل ضامنين لثمنه والذي اشتراه يكون مدعياً بانه اشتراه لنفسه وهو ضامن لثمنه ففي هذا المجال ملاكان وكيلاً للشركاء في البيع والشراء فيكون اقراره بانه اشتراه للشركة فيكون لنفسه أو لوكيله ويقبل منه هذه الادعاء لانه لضرره فيكون هذا القول قبولاً منه هذا كله اذا كانت الشركة حقيقية .

واما اذا كانت الشركة حقوقية فان الشركة الحقوقية ولو كان المدعي احدى

. . . .

الشركاء المساهمين والمدعي عليه ايضاً كان احدى الشركاء المساهمين كانا كلهم اجنبيان عن الشركة ، لان باسهامهم لا يكونون الا مودين للشركة ولا يكونون شركاء فان الشركة هي الهيئة الاجتماعية الذي يكون خارجين عن الشركة وحينئذ فلو كان احدهما مدعياً للشراء للشركة والآخر يدعي خلاف ذلك وانه اشتراه لنفسه ولا يكون المشتري للمتاع وكيلاً للشركة ولا يكون المدعي عليه ايضاً وكيلاً للشركة .

ففي هذا المقام الذي يقرأ المال المشتري للشركة أجنبي عن الشركة والذي يدعي انه اشتراه لنفسه ، ايضاً اجنبي عن الشركة فالذي يدعي انه اشتراه لنفسه يضمن الثمن فيكون اقراره بضرره ، والذي يدعي انه اشتراه للشركة يكون مورد التفكيك الآثار بمعنى انه لا بد وان يدفع الثمن من عنده ويوديه الى الشركة الحقوقية ويكون للشركة الحقوقية دفع الثمن اليه اذ ان الاقرار بانه اشتراه للشركة يسمع منه ويكون المبيع للشركه الحقوقية فاذا دخل المبيع في ملك الشركة الحقوقية وتكون الشركة الحقوقية معيناً لتكليفه الى هنا تم كتاب الشركة .

وحيث تم كتاب الشركة الذي كان شرحاً لما ذكره السيد الطباطبائي اليزدي مفصلاً مسائل هامة مستحدثة وكان مربوطاً بالشركة ولم يتفطنه الماتن أو لم يكن مورد ابتلاء ولكن الذين بحثوا في الشركة أخيراً لم أدري عدم ذكرهم ما هو الداعي الى ذلك يذكر في ضمن مسائل .

الاول : لو كتب الكاتب كتاباً بخط يده باجرة وكان القرطاس الذي كتب فيه للغير الذي أمره بالكتابة وكان هو أجير للكتابة فان الكتابة يمكن ان تنحصر له في هذه الكتابة ولا يجوز لاحد ان يستنسخ ما كتبه بخط يده ، وذلك لما كان الكاتب اجيراً ويقبل عقد الاجارة ، ولكن يقبله لان يكون اجيراً على نحو وحدة المطلوب بان يكتب هو بنفسه ، وتكون هذه الكتابة منحصره له اذ هو سلطان على عمله

. . . .

وبعد الاجارة للمؤجر تكون هذه السلطنة لهذه الكيفية التي خُطت بيده محصوراً بكتابته ، فيكون هذا الخط لهذا الكتاب لا يمكن ان يستنسخه احد ، ولا يمكن لاءحد ان يطبعه بحيث كلما اراد الكاتب بعد ان كان له السلطنة على كتابته فيمكن ان يشترط الحكم على كتابته ، وان كان اجيراً فان الاجير يجب ان يكتب للمؤجر اصل الكتابة ، واما لوازم هذه السلطنة فيمكن ان لا يجعل المستأجر جميع اللوازم في أختيار المؤجر ويمكن ان يجعل ذلك ولا يكون هذا الشرط خلافاً لمقتضي عقد الاجارة ، ولا يكون خلاف مقتضي السنة على المنوال الذي ذكرناه في طول البحث المتقدم ، ويكون هذا الشرط نافذاً وواجب الوفاء .

الثاني : اذا ألف الشخص كتاباً أو رسالة فان المؤلف لما كان سلطاناً على فكرة وعقله من باب السلطنة الشخص على نفسه ، فان هذه السلطنة تارة تكون مطلقة يريد بالتأليف ان يجعل ما خاطه بوحده أو يستفيد كل احد ، وتارة لا يكون كذلك بل ألف لان يستفيده اشخاص خاصة كالفلسفة الذي لا يمكن لكل الناس درك مفاهيمة وتارة يريد التأليف الذي الفه ان يكون خاصاً بنفسه ولا يريد أن يكون آخر يستنتج المطالب المدرجة فيه ان يكتب في تأليفه فيكون له ذلك ويشترط ذلك فيحدث له حقاً في ذلك فله افادة ذلك فهو ، والا فيرجع الى الجور لاستنقاذ حقه ويجب عليه هذا الاستنقاذ لان المظلوم يحرم معاونة الظالم على ظلمه ولو بعد الرجوع الى الجور وهذا المعنى يصدق في الكتاب والرسالة سواء كان علمياً كان أو فنياً أو شعراً كان أو أدبي فانه للمؤلف هذه السلطنة لان السلطنة مطلقة واطلاقه يقتضي ان يكون باطلاقه مطلقة .

الثالث : قلنا بان السلطنة على النفس له لوازم وتكون هذه السلطنة مطلقة فاطلاق السلطنة تقتضي ان يكون كلما كان من آثار السمعي والبصري الذي يصدر

. . . .

من الرجل منحصر لنفسه من دون ان يكون شخص آخر متصرفاً فيه، كما انه يمكن ان يكون الذين لهم هذه السلطنة ان تكون هذه السلطنة مشاركاً للغير الذي يريد والاستفادة منه ويكونوا شركاء للذي صدرت منه هذه الجهات المذكورة كسائر الشركاء من ان تكون شركة حقيقية أو حقوقية على التفصيل المتقدم.

الرابع: الافلام السينمائية التي تصور للامراض وكيفية الوقاية منها وحتى الافلام التي يصورها شخص ويديرها شخص آخر يكون المصور سلطاناً على ما صوره والشخص الذي يديرها ايصاله السلطنة على اداء ذلك، ويمكن ان يريد الادارة لنفسه دون غيره، ويمكن ان يشترك في هذه الادارة مع الغير وعند التخلف يكن الغير عاصياً وضامناً على المشترط له.

الخامس: كل ما يصنعه الشخص أو الاشخاص اذا كان حلالاً يملكه ويكون له المنع عن صنعة الغير له، لان الاشياء المالكة لا تختص بالاموال والاعيان بل الحقوق ايضاً يكون الناس مالكاً لها كما وردت بها الروايات الصحاح التي لها محل آخر في كتاب القضاء، والعمدة انه مع الاشتراط يجب العمل بالشرط وان عصى فان الحق ضامن له واذا شرط يجب على المشروط الوفاء بشرطه والا يكون ضامناً له.

السادس: نقشه للدور والبلاد وتصوير الصور الجائزة والنقوش التي للفراش، وبذلك النقشة يحيكون ليفرش ونقوش الهندسة المعمارية والنقوش التي انشئت للتزيين والخطوط التي يكتبونها للتزيين والخطوط الذي يخططونها للكتابة على المساجد والمدارس والخانات والحسينية فأنه يكون الكاتب مسلطاً عليه وكلما يريده له ان يعينه فالمساجد لو اراد وكتابة شيء على نفس المسجد وعلى دربه أو على حيطانه فان الكاتب ولو كان اجيراً فالاجرة المدفوعة لا توجب ارتفاع

....

سلطنته على الفكر الذي أوجب ان يكون كاتباً لهذه الكتابة وانما الاجرة أوجب ان يكون الكاتب موجباً للاحداث الداعي لان يجعل الفن الذي عنده في هذا الحائط أو في هذه الجهة واما اصل سلطنته فيكون باقياً على هذا الفن فيمكن ان يبيع أو ان يجعله مسجداً أو ان يختصه لنفسه أو يشارك الغير فيه أو ان يبيعه لشخص آخر حيث ان هذه السلطنة لها ملازمات وما يكون له ملازمات فالسلطنة على الشيء فاطلاقه يقتضي ان يكون سلطاناً على ملازماته والسلطنة على الملازمات يستحيل تفكيك الاثر عن المؤثر فتكون هذه الملازمات سلطاناً عليه ، فلا يجوز التصرف من الغير فيه ويكون ضامناً كما تقدم وهذه الملازمات كلما كان له أثر عقلائي يجب الاخذ به ، وما لا يكون له أثر عقلائي يكون مالكاً ولكن هذا الملك لا أثر له عقلائياً .

السابع : الحقوق كلها ملازمات للسلطنة وهو يباين الاحكام لان الاحكام يباين من حيث النفس والاثر عن الحقوق ، وهذه من لوازمات السلطنة ولوازم السلطنة تارة يكون موضوعاً للحكم ، وتارة لا يكون موضوعاً للحكم فموارد الذي لا يكون موضوعاً للحكم كلما يكون قابلاً للاسقاط والارث والبيع ومن اللوازم السلطنة الذي لا يكون قابلاً للاسقاط ولا البيع ولا الارث وهذه اللوازم للسلطنة الذي ينتزع الحق منه هي اللوازم السلطنة على البطع اذ له لوازم المضاجعة وحق الفراش وحق النفقة وحق الطلاق وحق الايلاء وحق الظهار والحقوق الآخرى التي تكون ملازمات السلطنة على البطع وهذه الملازمات موضوعاً للاحكام الذي لا يورث ولا يسقط ولا يباع ولا يوهب فكلها حقوق مرتبة نازلة من السلطنة الذي يكون ملازمات السلطنة الذي بايقاع العقد يترتب عليه هذه الملازمات نظير المعلول في ترتبها على علته ولا يكون قابلاً للانفكاك وحيث ان انشاء العقد في

. . . .

البيع والنكاح والهبة والصلح والرهن وغير ذلك من الانشائيات ، يلازم هذه اللوازم فهذه اللوازم لا بد وان تكون انشائياً بالابراز لفظاً أو ما يقوم مقامه ولا يمكن ان يكون منوياً ليؤثر في الاثر المرغوب الا الموارد التي قد تقدمت في الكتاب الذي بين يديك .

الثامن : ان حق التأليف وحق انحصار الكتابة والحقوق الاءخُر كلها اما لوازم السلطنة على الملكية أو السلطنة على البظع ويكون كلها حقوق لوازم للسلطنة فالملكية لما كانت موجودة يستحيل ان لا يكون لوازمه موجودة وهذه اللوازم كما قلنا انما تكون مبرزة بالانشاء ويجب الوفاء به كما يجب الوفاء بالعقود الانشائية وتكون الذمة به مشغولة فيملكه ويمكن رهنه وشركته اذ جميع آثار الملكية تابعة عليه .

التاسع : الحقوق الموضوعة للحكم فلذي الحق ان يبرئه أو ان يبيعه أو ان يهبه لذي الحق ان يشترط الذي له الحق ان يجعل في حل لمن عليه الحق بان يبرئه أو ان يبيعه مال وغير ذلك كشرط مصاحبتها للزوجة بان يبرأ الرجل عن مصاحبتها أو ان يصالحها بمال أو يهبها له أو غير ذلك ومنها لا يكون قابلاً لذلك كحق الامامة على المؤمنين اذ انها من الحقوق ولكن لا يتصور فيه الابراء والبيع والشراء لذي الحق وحيث قد عرفت ان انشاء الله العقد يلازم هذه الحقوق وهذه الحقوق الذي لها ملازمات لا يمكن الحكم بهذه الملازمات الا ان يكون تابعاً للانشاء ويكون هذا الانشاء مقتضي تام لهذه الملازمات وبعد وجود العلة والمقتضي لا يمكن انفكاكه عن المعلول وهذه الملازمات قلنا بان في موارد يكون موضوعاً لحكم وما يكون موضوعاً للحكم لا يمكن التصرف في الحكم الا بالتصرف في موضوعه فيبرء الملازمة ، وينتفي الحكم بانتفاء موضوعه ولا يكون تصرفاً في الحكم لاستلزامه

....

المحالية ، وعلى هذا فجميع الحقوق قابلة لهذا التصرف دون الاحكام فما دام الانشاء موجوداً تكون الملازمات موجودة ، وهذه الملازمات يعبر فيها بالحقوق لانه في درجة ضعيفة من الملكية ، ولهذا ترى المحقق الاول حينما يعبر عن الشركة فيقول اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد لان الملكية عبارة عن السلطنة واجتماع السلطنة البسيطة في الشيء الواحد يكون لكل واحد من الشركاء حصة من السلطنة على هذا الشيء فتصير هذه السلطنة البسيطة بحد من الضعف الذي يقال بانه ملك ان يملك بهذا الحد من الضعف وكل ما اوجد الاشكال للفقهاء والتحيّرانه حكم أو حق لم ينتبهوا بان هذه اللوازم يمكن ان يكون المطلوب نفسه ويمكن ان يكون موضوعاً لحكم آخر وكلها قابلة للسقوط والابراء تارة من جهة كونه حقاً قابلاً للسقوط والابراء كحق الفسخ وكحق التحجير وكحق التأليف وكحق الكتابة وكحق النشر وكحق الرهانة وكحق الشفعة .

وتارة تكون ملازمات السلطنة ، ولكن هذه الملازمات يكون موضوعاً لحكم آخر وذلك كملازمات السلطنة على البظع حيث ان له لوازم كحق المضاجعة فانها من الحقوق ولكن هذا الحق صار موضوعاً للوجوب على الزوج فلا يمكن ابرائه ولا بيعه وهبته لانه حكم ، ولكن هذا الحكم يمكن هبت المرأة للرجل وبيعه له واسقاطه عنه وغير ذلك ، وذلك لان الحق قابل الاسقاط وهو موضوع للحكم فاذا انتفى الموضوع بنفي الحكم وكذلك حق الطلاق وحق الرجوع للرجل وغير ذلك من الحقوق التي تحير في انه حكم أو حق ولم يتفطنوا بان هذا من الحقوق ، ولكن صار موضوعاً للحكم وأول من قال بهذا نحن ، وآله ولي التوفق.

العاشر : لماكنت من الحقوق فان ذي الحق له ان يطالب الغاصب ولا بد من رضاية صاحب الحق كباقي ذو اليد فيكون على اليد ما أخذت حتى تودي ويكون

....

جارياً فيه جميع المزايا الموجودة فيه والضمان وخروج عن الضمان بالاداء كان المضمون له حياً أو ميتاً والحمد لله أولاً واخراً .

فصل

في مسائل القسمة

وهو علىٰ ما ذكروه تمييز حق الشركاء والاولىٰ التعبير بالتعيين[1]

---

(١) لما كانت ابواب الفقه التي رتبناه الىٰ خمسة وستين باباً وكان من جملتها القسمة وحيث قلّ تعرض المتأخرين لبابها إلاّ في الموارد التي يكون ذكرها طرداً للباب ولكن البحث عن مزايا القسمة والجهات الواردة فيها ستكون بدقة ولم يتعرض لها غير شيخنا الجواهري حيث انه ذكر (قده) وبنينا علىٰ ان يكون هذا شرحاً للجزء الثاني من العروه الوثقىٰ للسيد الطباطبائي اليزدي (قده) وفي هذا المجال لا بد وان نتعرض للقسمة بشوؤنها فنقول :

ان المحقق عندما اراد الدخول في القسمة عرف القسمة بانها تمييز الحق والتعبير بذلك يستلزم ان يكون الحق ثابتاً حتىٰ تحتاج القسمة الىٰ تمييزه فلا بد من بيان الحق حتىٰ يعلم ان البحث في القسمة يكون باعتبار مفاد كان الناقصة وقد عبر الماتن بالقسمة بانها عبارة عن تعيين الحق ويرىٰ ان البحث في القسمة انما يكون في مفاد كان التامة وحينئذ فلا بد أولاً من بيان الحق وانه ما هو مصيره وانه هل له مفاد كان التامة والناقصة أولاً.

ثانياً : ما يكون الحق والفرق بينه وبين الحكم .

ثالثاً : مزايا الحكم .

رابعاً : مزايا الحق .

خامساً : كيف الحق يمكن ان يكون قابلاً للابراء وللاسقاط والبيع والهبة

. . . .

وغير ذلك ولا يكون الحكم كذلك .

سادساً : ما هي القسمة وكيفية ذلك .

فالتحقيق في الحقوق يطلق علىٰ عنوان عام يشمل ما وضعه الشارع وجعله ، فالحكم والعين والمنفعة والحق بالمعنىٰ الاخص داخل في هذا العنوان ، فان الحق معناه اللغوي هو الثبوت وحق الجار علىٰ الجار والوالد علىٰ الولد ونحوهما من الاحكام ثابت وهذا معنىٰ أن ملكيّة العين أو المنفعة لاحدٍ يكون من الامور الثابتة كحق الخيار والشفعة . وبعبارة أخرىٰ اطلاق الحق علىٰ العين أو المنفعة اطلاق شايع كاطلاقه علىٰ الحكم نعم اطلاق الحق بالمعنىٰ الاخص مقابل لذلك وهذا الحق بالمعنىٰ الاخص عبارة عن أضافة ضعيفة حاصلة لذي الحق واقواها اضافة مالكية العين واوسطها اضافة المنفعة ومالكية المنفعة .

وبتعبير آخر هي السلطنة الضعيفة علىٰ المال واقواها السلطنة علىٰ المنفعة واقوىٰ من الكل السلطنة علىٰ العين .

فالجامع بين الملك والحق هي الأضافة الحاصلة من جعل المالك الحقيقي لذي الأضافة المعبر عنها بالواجدية وكون زمام أمر الشيء بيده من جعله له وكونه ذا سلطنة وقدره وهذه الأضافة لو كانت من حيث نفسها ومن حيث متعلقها تامة بأن تكون قابلة لانحاء التقلبات فتسمىٰ ملكاً ولو كانت ضعيفة أما لقصور في نفس الاضافة كحق المرتهن بالنسبة الىٰ العين المرهونة واما لقصور في متعلقه كحق التحجير وحق الخيار بناء علىٰ تعلقه بالعقد الغير قابل لما عدا الفسخ والاجازة وحق الاختصاص بالنسبة الىٰ الاشياء الغير متمولة كحبة الحنطة والخمر القابل للتخليل فتسمىٰ حقاً . وعلىٰ هذا ، فلو لم يكن المجعول الشرعي مستتبعاً للاضافة والسلطنة فتكون حكماً ونسميه بالحق انما هو بلسان معناه اللغوي .

....

واما الاصطلاحي فالفرق بين الحكم والحق واضح جداً وذلك فان المجعول المتعلق بعمل المكلفين أقتضاء وتخييراً وهو وان اشترك مع الحق في بعض الآثار كجواز رجوع الواهب من الهبة وجواز فسخ ذي الخيار إلاّ انهما متباينان سنخاً ، فان الجواز حكم في الأول حكم شرعي بخلاف الثاني فانه ملك واضافة ، وعلىٰ الجواز في الهبة كاللزوم في النكاح من الأحكام الشرعية وهذا بخلاف الجواز في البيع الخياري واللزوم في البيع الغير خياري فانهما من الحقوق . وكيف كان فاذا كان الحق عبارة عن أعتبار خاص الذي أثره السلطنة الضعيفة من الملك فهو بجميع أقسامه وانحائه قابل للاسقاط كما افاده الشهيد وجعل هذا هو الضابط التام في الفرق بين الحق والحكم . فما افاده السيد الطباطبائي في الفرق بين الحق والحكم من تقسيم الحقوق أو لا بما يقبل الاسقاط وما لا يقبل الاسقاط وجعل من الثاني حق الابوة وحق الولاية للحاكم والاستمتاع بالزوجة وحق السبق في الرماية قبل تمال النضال وحق الوصاية . واجيب عما ذكره السيد الطباطبائي بان تعداد هذه الامور غير قابل للاسقاط لاوجه له فان كون الشيء حقاً غير قابل للاسقاط لا يعقل واطلاق الحق علىٰ ما ذكره من الأمثلة مثل اطلاق الحق علىٰ سائر الأحكام كحق المؤمن علىٰ المؤمن وحق الجار علىٰ الجار فان الابوة والولاية ونحوهما من الأمثلة ليس لعلاقة صلة الأب والحاكم اذ لم يجعل للولي اضافة أثر السلطنة علىٰ المولىٰ عليه أو علىٰ ماله فلا يكون من مقولة الجد بل من الاحكام الشرعية كما هو ظاهر ويحتمل هذا المعنىٰ ويقول : ويمكن ان يقال انها من الحقوق والعجب انه في صدر المسألة يعرف الحق بانه نوع من السلطنة ومرتبة ضعيفة من الملك بل نوع منه وصاحبه مالك للشيء ومع هذا التقسيم يقسم الحقوق الىٰ ما يقبل الاسقاط وما لا يقبل الاسقاط فانه لو لم يقبل الاسقاط فكيف له السلطنة وكيف

. . . .

يكون زمام أمره بيده وبالجملة فأن قوام الحق قابليته للاسقاط وهذا بخلاف الحكم فانه بعكس ذلك واما مورد الشك فلا بد اولاً من تحقيق الكلام ثم بعد ذلك يكون مصير الاصول العملية في ذلك وقد عرفت ان الحق بجميع اقسامه قابل للاسقاط فيقع البحث عن قابلية النقل والانتقال الىٰ الغير فنقول قبل التحقيق عن ذلك منها ما لا يقبل الا لغير الاسقاط كحد القذف ومنها ما يقبل النقل الىٰ الغير اما بلا عوض كحق القسمة علىٰ ما ذكره الاصحاب فان ذلك النقل الى الغير كالضرر ولكن لا يجوز اخذ العوض عليه ومنها يجوز النقل الىٰ الغير ولكن يمكن أخذ العوض عليه كحق التحجير، ومنها ما يكون قابلاً للانتقال الىٰ الغير ولا يكون قابلاً لاخذ العوض عنه اذ لا تلازم بينهما فان الخيار ينتقل الىٰ الوارث ولا يصح نقله الىٰ الغير فان المدار في قابليته للنقل علىٰ عدم تقومه بشخص خاص والمدار في انتقال الحق الىٰ الوارث علىٰ دخوله في ما تركه الميت ثم ان كون جق الخيار عبارة عن السلطنة علىٰ أمضاء الحق وفسخه لا ينافي كونه قابلاً للاسقاط وان نتيجة الاسقاط موافقته للامضاء العقدي الذي هو أحد طرفي السلطنة وهذا ما صار إليه المحقق الخراساني بان ذو الخيار له السلطنة علىٰ ابرام العقد أو حله فيرىٰ المحقق الخراساني ان الحكم أي السلطنة التي تكون عبارة عن الاضافة وتكون حكماً ولكنها تكون علىٰ نحو الواجب المعلق علىٰ ابرام العقد أو حله علىٰ خلاف الذي صار إليه الشيخ الاعظم الانصاري حيث يرىٰ الشيخ الاعظم الانصاري بأن الخيار عبارة عن السلطنة علىٰ فسخ العقد أو ابرامه ومن المعلوم ان السلطنة لو كانت ضعيفة كما قال الشيخ الشهيد تكون حكماً وما تكون حكماً وهي عبارة عن السلطنة فلا تقبل التصرفات التي تتصرف في ذلك من الابراء والاسقاط.

ومن الواضح ان هذه السلطنة لو كانت معلقة كما صار إليه المحقق

....

الخراساني تكون عبارة عن كون ذلك باختيار احد طرفي العقد وقد صار إليه المحقق الوالد (قده) في أثناء بحثه في الخيارات . والتحقيق أولا في مصير الحق وبعد ذلك في كيفية تأثيره في موارده المتشتة .

اما الأول : فان الحق والحكم وان كانا تحت جامع واحد ولكن جامعيتها تكون بنحو يكون الحق من لوازم الحكم وذلك لأن السلطنة بعد ان كانت حكماً فهذه السلطنة بعد ايقاعها ، انشائياً تكون لها دلاله مطابقية ولها دلالات التزامية كما يظهر من كلمات الشهيد وتبعه الشيخ الاعظم الانصاري فان الاضافة التي تكون حين ايقاع البيع من البايع وان كانت هذه الاضافة لها دلالة مطابقية وهو التمليك للمشتري بنحو حصة خاصة وهو التمليك الواجد للشرائط بحيث يكون علة تامة للتمليك ولكن في ظروف خاصة من الوجدان للشرائط فقد الموانع ولكن العلة التامة انما هو الانشاء من البايع وحيئنذ فان ايقاع هذه النسبة الحكمية يكون دلالة مطابقية وهذه الدلالة المطابقية لها لوازم وهذه اللوازم لها آثار خاصة تختص بها دون غيرها اذ من المفروض ان الانشاء وقع علىٰ التمليك للمشتري فان هذا التمليك للمشتري له لوازم لُلمملِك وله لوازم لُلمَمَلك فان هذه السلطنة الحاصلة مع البايع المُمَلِك للمشتري المُمَلَك يكون تمليكاً للمُمَلِك من المُمَلك ولكن هذا الانشاء بعد ان كان واقعاً فيكون له نسبة ايقاعية فهذه النسبة الايقاعية لها لوازم وهناك نسبة وقوعية وهذه النسبة الوقوعية ايضاً لها لوازم وكل هذه اللوازم الطارية لها قدر جامع بما انهما منتزعان من انشاء الحكم ولكن الفرق بينهما ان أنشاء السلطنة تارة تلاحظ بنفسها وتارة تلاحظ بما هوّ لوازم الانشاء وهذه اللوازم تكون حقاً وهذه الحقوق تارة تكون ملحوظةً بنفسها كحق الخيار وتارة تكون ملحوظةً موضوعةً لحكم آخر كحق الاستمتاع بالزوجة وحق الرجوع للزوجة المطلقة ،

. . . .

ولكن لما كانت موضوعاً لحكم تكليفي آخر له موازين الحكم وعلىٰ هذا فلا يكون الحق الذي هو نحو اضافة حاصلة من ناحية الانشاء وهذا الانشاء له لوازم ايقاعية وتكون هذه اللوازم اضافات ناشئة من ناحية الانشاء وهذه الاضافات اللازمة ايضاً تكون موضوعاً للحكم يتغير عن ملزومه وهذه الاضافات تارة تكون لازمة لايقاعية الحكم بمعنىٰ ان ايقاع الحكم تكون له هذه اللوازم وتكون موضوعاً لحكم تكليفي آخر يترتب عليه الآثار بحيث لا يمكن ان يبيعه ولا ان يهبه ولا ان يبرئه لانه حكم من الاحكام وتارة تكون هذه الاضافة لها لوازم وقوعية وهذه الاضافات المستلزمة للوازم الوقوعية يمكن ان يكون لها آثارها الخاصة بها وتكون هذه الآثار تارة مترتبة علىٰ نفسها من الاضافات وتارة لا تكون لها آثار لنفس الاضافة وانما تكون هذه الاضافة المنبعثة الانشاء موضوعاً لحكم من الاحكام ويكون هذا الموضوع الانشائي موضوعاً لحكم يكون هذا الحكم لا يناله الابراء والاسقاط ولا البيع والشراء وهذابخلاف موضوعه حيث يكون موضوعاً للبيع والشراء والاسقاط والابراء ، هذا ماقلنا به في الحق .

وعلىٰ هذا فنتيجة كلام الشهيد من ان الحق عبارة عن الاضافات اللازمة للسلطنة وهذه الأضافات اللازمة للسلطنة وان كانت السلطنة حكماً ، والحكم غير قابل للاسقاط ولا الابراء ولا البيع ولا الشراء ولكن الملازم أعني الاضافات الواقعية تكون اضافة للسلطنة فتكون له اضافات انشائية ايقاعية واضافات وقوعية وهذه الاضافات انما تتحقق بانشاء الحكم وحيث انه يتحقق بتحقق الانشاء للحكم فانه يلازم الحكم ولزومه للحكم يوجب ان يكون ملازماً لانشاء الحكم فيصير موجوداً بايجاد الحكم وهذا التلازم تارة يكون ملازماً لحيثية ايقاعه وتارة يكون ملازماً لحيثية وقوعه فان كان ملازماً لحيثية ايقاعه يكون له آثاره الخاصة به وان

....

كان ملازماً لحيثية وقوعه يكون له آثاره الخاصة به.

وفي هذا المجال نقول ان السلطنة انما تكون حكماً ، والحكم لما قلنا بانه غير قابل لانحاء التقلبات والاسقاط ولكن هذا الحكم له لوازم وهذه اللوازم تكون موضوعاً للاحكام وهذه الاحكام تارة كما يقول المحقق الخراساني تكون معلقةً علىٰ ارادة المكلف كما قلنا بانه تارة يريد ابرام العقد وتارة يريد فسخه فهذا الحكم التعليقي يكون في الرتبه المتأخرة عن الحكم تابعاً لارادة المتبايعين وحينئذ يكون المصير هو ما صار إليه المحقق الاول من ان تكون القسمة عبارة عن تمييز الحق لان الحق بعد ان كان ملازماً للانشاء الذي هو الحكم ، ولكن انشاء ذلك يستلزم انشاء ملازمة وانشاء الملازمة لا يستلزم التلازم في الحكم فيمكن ان يكون المتلازمين في الموضوع متغايرين في الحكم وتغايرهما في الحكم يستلزم ان يكون احد المتلازمين موضوعاً لحكم ويكون لازمه محكوماً بحكم مغاير له واذا عرفت ذلك ، فيمكن ان تكون الحقوق من هذا القبيل وهو من هذا القبيل قطعاً فان الحقوق لما كانت مالاً بمعنىٰ ان يعتبره العقلاء له مالية ان هذا الاعتبار لا يمكن الا ان يكون ناشئاً من الرتبة المتأخرة عن ايجاد الملازم من ناحية لازمه فان العقد يكون له لوازم لايقاعه ويكون لوازم لوقوعه فان العقد بعد ان كان انشائياً فان انشائه له لوازم لانشائه وايقاعه ويكون لوازم لوقوعه واما لوازم ايقاعه فتكون عبارة عن أختيار البايع من ناحية السيطرة علىٰ الفسخ الذي هو من لوازم انشاء العقد كخيار المجلس وخيار الحيوان والخيارات التي تكون مخصوصة للبائع ، فان انشاء العقد لما كان موجباً لتبديل الاضافة بين البائع والمشتري فسلطنة البائع علىٰ هذا الايجاد (الانشاء) يكون حكماً وينشأ ايجاد العقد فان للموجب سلطنة علىٰ ايجاد العقد وهذه السلطنة توجب ان تكون لها لوازم وهذه اللوازم تارة موضوعةً لحكم

. . . .

وهو السلطنة علىٰ الفسخ أو ابرام العقد ويكون لهذا الحكم مقدمات أختيارية فيكون معلقاً علىٰ الشرائط الاتفاقية بحيث لو اراد الفسخ يكون له الفسخ وان اراد الابرام ابرمه : وهذه الجهة يكون موضوعها اللوازم الطارية علىٰ السلطنة التي يكون الموجب لسلطنة هذه اللوازم لوازم ايجاد العقد وهناك لوازم يكون موضوعها السلطنة وهذه السلطنة لها اضافات وهذه الاضافات تارة تكون محكومة بحكم مغاير لموضوعها وتارة تكون موضوعاً لحكم مماثل لموضوعها لان الاضافات لها واقعية كسائر الواقعيات وعلىٰ هذا يكون الحق عبارة عن ملازمات تكون هذه الملازمات ناشئة بانشاء الاحكام فتكون هذه الملازمات تارة موضوعاً لحكم مماثل لملزومه وتارة يكون هذا اللازم محكوماً بحكم مغاير لحكم ملزومه ، هذا في قضية الخيار وكذلك في النكاح فان عقد النكاح لما كان عبارة عن ايقاع العقد لان يكون الموجب ايجابه موجباً لتسلط القابل علىٰ عرضها فهذا التسليط يكون له جهات مطابقية وهو التسليط علىٰ البضع ويكون له لوازم واضافات تتحقق بتحقق الانشاء للسلطنة علىٰ البضع وهذه الاضافات يكون الحكم الوارد عليها تارة مماثلاً لملزومه وتارة يكون في ناحية الحكم مغايراً لحكم ملزومه.

وعلىٰ هذا فان الموجب انما يسلط القابل علىٰ بضعها ويكون من لوازم التسليط علىٰ البضع أن يكون منفقاً عليها وهكذا فان تسليط القابل للبضع ان يكون بيده الطلاق فان لازم ذلك التسليط هو هذا المعنىٰ ولازم تسليط القابل علىٰ البضع ان يكون لها القسمة ولكن هذا اللازم يكون موضوعاً للحكم لا يتغير عن اللازم وكذلك فان السلطنة علىٰ البضع ان يكون له اضافة وهذه الاضافة هي حق الرجوع في المطلقة الرجعية وهذه الاضافة انما تكون لازم السلطنة علىٰ البضع ولكن هذه الاضافة تكون موضوعاً لحكم لا يوجب التغير وتارة يكون هذا اللازم موضوعاً

....

لحكم يوجب التغيير ويكون باختيار من له اللزوم وعلىٰ هذا فان ايقاع هذه السلطنة تسبب للجاعل لها السلطنة وهو التسليط علىٰ البضع وهذه السلطنة توجب ان يكون لمن سلطه أختيار الاستمتاع لمن سلطته علىٰ البضع فهذه من لوازم السلطنة ويكون باختيار من له هذه السلطنة ومن المفروض ان هذا اللازم لازم وقوعي للسلطنة للعقد ويكون موضوعاً للحكم الشرعي بحيث يجب للموجب ان يخلي بينه وبين القابل هذا اللازم فيكون هذا اللازم الوقوعي موضوعاً للحكم الشرعي فلا يمكن ابرائه ولا اسقاطه ولا بيعه ولا هبته ويكون لازم هذه السلطنة من حيث ايقاعه هو السكنىٰ لمن سلطه علىٰ بضعه فان نفس ايقاع النسبة الزوجية يكون لها لوازم وهذه اللوازم هي السلطنة على السكنىٰ للمسلط عليه حيث في رواية يقول الامام في التعبير عن ذلك بان شرط الله قبل شرطكم ويراد بها السكنىٰ للزوجة فان ذلك من لوازم السلطنة حيث ان في عقد الزوجية لا يكون هناك شرطاً للسكنىٰ ولكن الامام عبر بذلك لان ايقاع الزوجية يكون له لازماً وهو السكنىٰ فان هذا اللازم يكون موضوعاً للحكم الشرعي واما من ناحية النسبة الوقوعية فان وقوع نسبة الزوجية له ووقوع هذه النسبة من لوازم ذلك فان هذه السلطنة بعد وقوع النسبة لها آثار خاصة تختص بها وهي اطاعة الزوجة للزوج في استمتاعاته الشرعية المترتبة علىٰ ايقاع النسبة الحكمية ويكون لها لازم ولكن هذا اللازم يكون لازماً وقوعياً لا ايقاعياً ويكون هذا اللازم موضوعاً للحكم الشرعي لا يمكن التخلي عنه بالابراء والاسقاط ولا يكون الحكم أمر رفع يده بيد الذي ثبت له السلطنة وفي هذه الموارد انما نخالف المحقق الخراساني في تنظيمه للحقوق فانه بعد ان كان الحق عبارة عن لوازم السلطنة فان لوازم السلطنة التي تكون لوازم وقوعية ولوازم ايقاعية فان انشاء السلطنة انما ينشأ اللزوم الموجود معه وتكون

....

النسبة بين الانشاء والمنشأ هو النسبة العلية والمعلولية الخارجيتين ويتحقق الانشاء عله لمنشئه ولوازم الانشاء يتحقق بتحقق الانشاء لان هذه اضافات وهذه الاضافات تتحقق بين المضاف والمضاف إليه وهذه الاضافات لها حالتين حالة ايقاعية وحالة وقوعية وهذين الحالتين تارة يكونان موضوعاً لحكم مماثل لطبيعة السلطنة وتارة يكون محكومان بحكم مخالف لموضوعه وحيث كان ذلك فان السلطنة وان كانت حكماً غير قابل للتصرف إلا ان لوازمه واضافاته وان كان حكماً بدليل المعلولية إلاّ ان هذه الاضافات تكون له اضافات ايقاعية واضافات وقوعية وهذه الاضافات حيث كانت احكاماً إلا انه يكون موضوعاً لاحكام مخالفة للازمه او موافقة للازمه هذا من هذه الناحية وهناك ناحية أخرىٰ هو ان الحق لما كان اضافات موجبة لان يكون موضوعاً للحكم فان الحق بعد امضائه يكون ثابتاً للذي امضاه وهذا الثبوت يوجب ان يكون لذي الحق سلطنة علىٰ هذا اللزوم وهذه السلطنة التي يكون موضوعها الاضافة فان هذه السلطنة التي تكون الاضافة قائمة بها تسري إليه خصوصيات السلطنة وهذه الخصوصيات لا بد ان تكون امتنانية كالسلطنة التي كان المضاف إليه واجداً لتلك الخصوصيات التي يكون المضاف ايضاً واجداً لها فاذا كانت السلطنة أمراً امتنانياً فالاضافة المنتسبة الىٰ المضاف ايضاً تكون امتنانية وامتنانيته تقتضي ان الاضافة لا تكون لها اطلاق في مورد يكون مزاحماً لسلطنة أخرىٰ من هذه الناحية واما من ناحية أخرىٰ تكون هذه السلطنة هي مطلق السلطنة لا السلطنة المطلقة فان هذه الاضافة انما تكون محيزاً لعلته وذلك يوجب ان تكون كالبلطنة من انه يكون مطلق السلطنة وعليه فتكون هذه الاضافة مطلق السلطنة وعلى هذا فيكون الحق مطلق السلطنة لأنه امتناني وامتنانيته هو الموجب لان يكون مطلق السلطنة لا السلطنة المطلقة فاذا كان هذا

....

هو الحق فان في جميع الموارد يملكه ذي الحق ويمكن ابرامه واسقاطه لأن هذا الحق بعد ان كان اضافة انشائية فيكون حقاً وضعياً وهذا الحق الوضعي تارة يكون موضوعاً لحكم مماثل كما قلنا للسلطنة وتارة كما قلنا يكون موضوعاً لحكم مغاير لموضوعه فيكون من اضافات هذه السلطنة هو حق المضاجعة مع الزوجة فان هذا الحق هو اضافة يكون اضافة السلطنة علىٰ البضع وتكون هذه الاضافة موضوعاً للحكم فلا يسقط هذا الحكم ولا يمكن ابرائه ولا هبته ولا بيعه ويكون موضوعه الاضافة وهذه الاضافة بعد ان كانت موضوعاً للحكم الشرعي فهذا الحكم مما لا يتغير ولكن هذه الاضافة التي تكون حقاً موجدة لذي الحق السلطنة وهذه السلطنة لما كان موضوعها الاضافة الحقية وكان الامر مطلق السلطنة ففي جميع الموارد يكون لذي الحق رفع اليد عن حقه بعوض أو بدون عوض وهذه الجهة في المناط في الحق اذ الحق صادر من الانشاء وهذا الانشاء اضافة اطلاقية لاضافة مطلقة فيمكن ان يرفع اليد عن حقه بعد ان كان هذا الحق مال عند العقلاء يعتبره العقلاء وهذا المال بعد ان كان مالاً للانشاء فيوجب ان يكون ذي حق ما انشأ له وهذا الحق تارة يكون موضوعاً للحكم فان الحكم لا يمكن ان يكون موضوعاً للنفي والاثبات وانما يكون موضوعه قابلاً لذلك فالحقوق كلها قابله للابراء وللاسقاط والبيع والشراء ولكن الاحكام المترتبة علىٰ هذه الحقوق لا تكون قابلة لذلك فحينئذ مثلاً حق المضاجعة انما يكون حكماً يترتب علىٰ ايقاع السلطنة علىٰ البضع وهذه الاضافة الايقاعية تكون موضوعاً لحكم المضاجعة وهذا الحكم لا يكون قابلاً للاسقاط ولا اللابراء ولا للبيع ولا للشراء ولكن بمناسبة موضوعه الذي يكون حقاً يكون قابلاً لجميع ما يمكن ان ينعكس فيه فان حق المضاجعة مثلاً لما كان حكماً غير قابل للتصرف فيه من الابراء والاسقاط ولا البيع ولا الشراء ولكن هذا الحكم

. . . .

انما يترتب علىٰ هذا الحكم واما علىٰ موضوعه فان في ذلك يكون الابراء والاسقاط والبيع والشراء مترتباً عليه وذلك لانه حق قابل للسلطنة علىٰ هذا الحق يوجب ان يكون ملكاً لذي الحق ففي ذلك يمكن ان يكون من له الحق ان يوهب حقه او ان يشترط ابراء حقه بعوض أو ببيع حقه لغيره وكذلك الظئر بعد ان كان له حق القسمة وهذا الحق يكون موضوعاً للحكم وهو القسمة في كل أربع ليالي فذي الحق له السلطنة علىٰ هذا الحق ولكن موضوع هذا التقسيم الذي هو الحكم هو الحق وهذا الحق قابل للابراء وللاسقاط والبيع والشراء لأنه مال وكذلك حق رجوع الزوج للمطلقة الرجعية فانه حق يكون من لوازم النكاح ولكن هذا الحق يجعل للزوم السلطنة علىٰ الرجوع في المطلقة الرجعية ولكن موضوع هذا الحكم هو الحق ويكون لذي الحق السلطنة علىٰ ابرامه وبعد ان كان هذا شأن الموضوع فيمكن ان يبيع هذا الحق أو ان يهبه للزوجة أو ان يشترط ان يكون للزوجة أو غير ذلك فانه وان كان حكماً إلاّ ان هذا الحكم موضوعه الحق وما كان موضوعه الحق فيمكن التصرف في موضوعه بعد ان لم يمكن التصرف في نفس الحكم وما قيل في المقام بان الرجوع من الزوج الىٰ الزوجة اذا صالحها علىٰ عدم الرجوع فلا يسقط حق الزوج في الرجوع فيرجع الزوج متىٰ ما اراد ذلك.

فيمكن ان يقال ان أخذ العوض في عدم الرجوع لا يكون موجباً لاسقاط حق الرجوع وانما يكون اخذ العوض لان لا يرجع فعلاً وذلك أعم من اسقاط الحق وعدم الاستعجال في الأخذ بالحق، وعلىٰ هذا فيكون أخذ العوض علىٰ هذه الجهة فلا يوجب انتفاء الحق في ذلك بعد ان كانت هناك السلطنة وهي الاضافة فيوجب ان يكون مسلطاً علىٰ هذه الأضافة، وهذه الاضافة تكون موضوعاً للحكم بالرجوع فلو اتفقا بعدم الاستعجال بالرجوع يكون موضوع الحكم متأخراً بعدم

. . . .

العجلة فلا ينعقد موضوع الحكم إلاّ متأخراً بكيفما اراده الطرفين فان الحكم واختياره مع ذي الحق لأن الحق موضوع للحكم .

ومن الامور التي يكون النزاع فيها بين الشيخ الاعظم الانصاري والمحقق الخراساني ان الخيارات من الحقوق قطعاً بالتعبير المتقدم في التعريف عن الحقوق ، لانه اضافة وقوعية أو ايقاعية من السلطنة فان هذه الأضافة لا اشكال في انه يرىٰ صاحب الخيار ابرام العقد أو فسخه ولكن اذا كان من لوازم السلطنة فان السلطنة تكون حكماً والحكم لا يرىٰ ابرامه ولا اسقاطه ، وفي هذا المورد اراد المحقق الخراساني الرد علىٰ الشيخ بان الحكم لا يمكن ان يرىٰ سقوطه ولا ابرام العقد واراد بأن هذا الحكم معلق علىٰ من له السلطنة فيمكن له حله وله ابرامه ، وقال بانه لو كان له السلطنة المنجزة لا المعلقة لما كان لذي الخيار ذلك فحينئذ علىٰ مبنانا يمكن الجواب عن المحقق الخراساني استنصاراً للشيخ الاعظم الانصاري بان هذه الاضافة التي تكون حقاً موضوع للحكم المعلق علىٰ ابرام العقد أو حله فيكون من الحقوق التي تكون موجودة بانشاء العقد وموضوعاً للحكم المنجز وهو الخيار ولكن لما كان الخيار عبارة عن الاضافة الناشئة من السلطنة وهو الذي يكون خياراً وهذه السلطنة هي مطلق السلطنة علىٰ ابرام العقد أو حلّه كان ذلك من جهة ان الموضوع للحكم باختيار المتبايعين كان خياراً وعلىٰ هذا فيستقيم ما قاله الشيخ الاعظم الانصاري من ان يكون الخيار هو السلطنة علىٰ ابرام العقد أو حله ولكن هذه السلطنة مورداً لاعتبار العقلاء فان السلطنة وان كانت حكماً لا يمكن ان يكون مورد التصرف إلاّ ان المفروض ان الحق لما كان اضافة ذهنية بين المضاف والمضاف إليه أي بين ذي الحق والذي جعل الحق عليه .

وعلىٰ هذا نقول في الحق بانه وان كان أمراً وجودياً ينتزع من ايقاع السلطنة

. . . .

الموقعة بالانشاء وهذه الاضافة انما تكون اضافة منشأة بانشاء السلطنة وتكون هذه الاضافة متقومة بالطرفين وهذين الطرفين عبارة عن ذي الحق ومن جعل عليه الحق وتكون هذه الاضافة ملازمة للانشاء لان يكون منشأً مستقلاً وانما تكون ملازمة للانشاء من دون ان يكون له انشاء مستقل وعلىٰ هذا فهذه الأضافة عبارة عن الحق والحق يكون بين ذي الحق ومن عليه الحق فان انشاء السلطنة انما يلاحظ بلوازمها ومن لوازمها هذه الجهة التي انما توجد بالانشاء وعلىٰ هذا فهذا الحق الذي يوجد بهذا الانشاء انما يلاحظ بطرفيها بين من له الحق ومن عليه الحق فاطلاق السلطنة يوجب هذه الأضافة ، ومن المفروض ان اطلاق السلطنة اذا كان كذلك فان الاضافة انما تتلون بلون علتها وهي السلطنة ومن المفروض كما تقدم سابقاً ان السلطنة امتنانية وامتنانيتها تقتضي ان تكون الاضافة امتنانية ويقتضي ان يكون بأختيار الطرفين من ناحية الوقوع والايقاع فان امتنانيته تقتضي ان يكون باختيار من له الخيار في اعمال الخيار أو ابرام العقد وعدم الأخذ بالخيار يكون من جهة امتنانية العقد فيكون كلام الشيخ الاعظم الانصاري موهن من نفس قاعدة السلطنة ولا أحتياج الىٰ كلام المحقق الخراساني من ان للمتعاقدين السلطنة علىٰ ابرام العقد أو حله علىٰ النحو الواجب المعلق بل نفس الاضافة تقتضي ذلك وحيث ان هذه الاضافة انما تتولن بلون العلة تكون الخصوصيات الموجودة فيها متلونة بلون ملازمها ولا نحتاج الىٰ جعل الحكم الدال علىٰ السلطنة والملازمة تعليقياً بل يكون الحكم تنجيزياً ولكن هذا الحكم التنجيزي ليس له الاطلاق لموردٍ يكون خلاف الامتنان في حق من ثبتت له الاضافة ولا في حق المضاف إليه فطبيعة السلطنة تكون كذلك وعلىٰ هذا فجميع الاضافات تكون من هذا القبيل وعلىٰ هذا ففي مسألة الاضافات الواردة من سلطنة الزوج علىٰ البضع من هذا

. . . .

القبيل .

واذا عرفت ما ذكرنا تعرف ان الحق كما صار إليه المحقق الأول من ان الحق للملك انما هي اضافة تتحمل ما يكون الملك متحملاً لها ويكون لها نسبة ايقاعية كما يكون لها نسبة وقوعية ولكل منها آثارها التي نختص بها وتكون هذه الآثار تارة موضوعةً لحكم شرعي ولا يمكن التدخل بالتصرفات الواردة علىٰ ذلك كالحكم بكون العلة لوجود هذه الاضافة انما هي السلطنة ويترتب عليها الآثار المترتبة علىٰ السلطنة من كونه ناشيء منه ونتيجة ذلك ان الاضافة انما تتحمل الخصوصيات الواجد لها الحكم ولازم ذلك ان تكون الاضافة امتنانية يوجب ان يكون امر رفعه ووضعه بيد الذي ثبتت له هذه الاضافة ومن المعلوم ان الآثار المترتبة عليه بعد ان كان امتنانياً فاطلاقه يقتضي ان يتصرف فيه ما يشاء وبعد ان كان مودعاً للحكم وان كان الحكم لا يمكن التصرف فيه إلاّ ان التصرف الذي يمكن فيه هو التصرف في موضوعه فلما كان موضوع الحكم امتنانيته تقتضي ان يكون ذو الحق له الخيار بالتصرف وانما الحكم الوارد علىٰ هذا الموضوع يكون مورداً للتصرف وهذا شأن جميع الحقوق الموجودة ولا يكون مورداً للاحتمالات المذكورة في الكتب المطولة وعلىٰ هذا فيكون الحق كما صار إليه المحقق الاول من ان يكون الحق عبارة عن ملكية ضعيفة ويكون كما قلنا ايقاعية ووقوعية وقلنا بان ذلك يستقيم علىٰ كلام المحقق من ان الشركة انما تكون لتمييز الحق لا لتعيين الحق اذ التعيين يوجب ان يكون الحق غير واقع ويكون الانشاء غير واقع وانما يكون الحق الغير معين يكون الحق لتعيين السلطنة لذي الحق علىٰ حقه كما صار إليه الماتن وقد عرفت ان الحق لا يكون كذلك لان الحق لما كان لازماً للسلطنة فان الحق لا يوجد إلاّ بان يكون ايقاع السلطنة الدال عليه الانشاء بمجرد ايقاع السلطنة فان الاضافة

. . . .

توجد وبوجودها توجد هذه الاضافة والاضافة الموجودة لها مراتب من ايقاعيته ووقوعيته يترتب عليها الاحكام المختصة بها وعلىٰ هذا يكون المورد مورد التمييز للحق الذي هو عبارة عن مفاد كان الناقصة لان البحث يكون في ايجاد الحق حتىٰ يكون عبارة عن تعيين الحق كما توهم فان الحق لما كان موجوداً بالانشاء وهذا الانشاء لما كان متحققاً بتحقق الحق فلا أشكال ان مصير الماتن بان الحق لا يمكن اطلاق التمييز عليه لان اطلاق التمييز لا بد وان يكون له واقع معين وليس كذلك فقد عرفت فساد ذلك لان الحق لا يمكن إلاّ ان يكون هناك سلطنة وبايجاد السلطنة يكون له لازم وهو الاضافة وفيه يكون الحق له واقعاً فقبل انشاء السلطنة لا يكون للحق وجود اصلاً فلا يكون هناك حق حتىٰ يحتاج الىٰ تعيينه وبعد وجود السلطنة يكون وجود السلطنة ملازماً للازمه وهناك تمييزاً للحق لاتعيينه .

وما قاله المحقق في تعريف القسمة بان القسمة ترد علىٰ الحق لأنه تمييز للحقوق بهذا الاعتبار ولا يكون تعيين الحقوق لأن الحقوق بعد وقوعها يعتبر انه تمييزه لاتعيينه واما ما استشكله الماتن بان التقسيم انما يرد علىٰ توزيع المال علىٰ الافراد من دون سبق الحق لهم فذلك خارج عن مرحلة الحق أولاً .

وثانياً : ان كلام المحقق انما يكون التعبير بتمييز الحقوق وفي التوزيع لما لم يكن حقاً فلا اشكال انه تعيين لا تمييز ولا يكون مورد لكلام الماتن في المقام اصلاً .

واعجب من ذلك مصير الماتن في حاشيته على المكاسب للشيخ الاعظم الانصاري بعد ان كان الحق عبارة عن اضافة الملكية ومثل له بحق التحجير وحق الرهان وحق الغرماء في تركة الميت أو غيرها كحق الخيار ولكنه تحير في الجواز في العقود الجائزة حيث ان ذلك أي رفع اليد عن العقد في المتعاقدين يكون

لان الظاهر من التميز ان يكون له واقع معين وليس كذلك مع انه يصدق على توزيع مال على جماعة من غير سبق حق لهم فيه. ثم هي معاملة مستقلة وليست بيعاً فلا يترتب عليها آثاره الخاصة من الشفعة وخيار المجلس واشتراط القبض والاقباض في النقدين ونحو ذلك وليست معاوضة فلا يلحقها الربا بناءً على اختصاصه بالمعاوضات. نعم يتحقق فيها التعاوض لكن لا بعنوان المعاوضة.

حكماً شرعياً وهو الرخصة في الفسخ ولا تكون هناك سلطنة علىٰ الفسخ بخلاف العقود اللازمة حيث ان لازم العقد هو السلطنة ويكون الحق هو الاضافة التي تكون لازم العقد وهذا لا يستقيم في العقود الجائزة وانما يكون عبارة عن رخصة الشارع في الرجوع ولا يكون هناك سلطنة علىٰ الرجوع حتىٰ يكون كالفسخ في العقود اللازمة هذا ما قاله الماتن في الحقوق ويرىٰ ان الفسخ في العقود اللازمة انما يكون من جهة الحق وهذا بخلاف الفسخ في العقود الجائزة حيث يكون حكماً لا يمكن التصرف فيه.

أقول: لا اشكال ان العقود الجائزة تكون السلطنة فيها من الطرفين موجودة لكل من المال ولم يكن هناك ما يوجب اخراج المال من ملكه وانما يجوز التصرف في ما يكون ملكاً له كالهبه لغير ذي رحم فان المالك بعد ان كان المال ملكاً للمالك وهبة للمتهب فيكون اخراج الملك بلا عوض حيث ان الهبة عبارة عن فك الملك فتكون سلطنة المالك تقتضي ان يكون له فك الملك فان لنا فك الملك علىٰ قسمين قسم من فك الملك لله الذي يكون عبارة عن بناء المساجد والرباطات ويكون فك الملك علىٰ نحو آخر بدون قصد التقرب وهو فك الملك في الهبة فان فك الملك لا يكون مورداً للعوض وهو الهبة فسلطنه المالك تقتضي ان له فك الملك.

(مسألة ١) : يشترط فيها الرضا في تعيين حصة كل منهما حتى في قسمة الاجبار لأن الجبر في أصل القسمة لا يستلزم الجبر في تعيين الحصة ، نعم لو لم يتراضيا تعين بالقرعة[1] هذا في الشركة الاشاعية واما

---

(١) ولكن الملك قلنا انه علىٰ نحوين أحدهما فك المُلك لله حيث ان ذلك يكون تقربياً ويكون ذلك مثل المساجد وتارة يكون فك الملك لاحد من الناس فذلك يكون هبة وهذا فك الملك يقتضي ان يكون الاقتضاء وتكون اباحة أقتضائية ويقتضي ذلك ان يكون المسلط علىٰ الملك فك ملكه للغير وهذا الفك لما كان من دون اقتضاء فحينئذ يلتئم مع جميع الاقتضاءات بالشرط فلا يكون هناك اقتضاء من سلطنة وغيرها هذا شأن الهبة وكذلك باقي العقود الجائزة فان شأن العقود الجائزة هو الاباحة الاقتضائية ،كما أوضحناه في الكتاب الاول في المضاربة جمعاً وتحليلاً ، وقلنا بان الشروط في العقود الجائزة لا يكون خلاف السنة ولا يكون خلاف مقتضىٰ العقد ، كما عرفت مفصلاً فلا ينافي اشتراط لزوم الهبة أو اشتراط العوض أو غير ذلك من دون ان تكون هذه الشروط منافية لمقتضي السنة والعقد فلا يكون مقتضياً للسلطنة ولا يكون فيه حتىٰ يحتمل الماتن ذلك كما ذكرنا في المضاربة وما يكون من لوازم السلطنة وهو الحق فذلك اجنبي عن الحكم الاقتضائي كما في هذا المورد الاباحة الاقتضائية في الهبة كما عرفت الموارد التي يكون اقتضاء الحق هي الموارد التي تكون له اقتضاء السلطنة من جهة تراوس علته وفيه اقتضاء الامتنانية واقتضاء الامتنانية يوجب ان يكون الحكم بيد الطرفين ويوجب ان يكون فيه اقتضاء ان يكون باختيارهما وهو حكم ولكن هذا الحكم يمكن ان يكون بدون الاقتضاء كما في الهبة ويمكن ان يكون فيه الاقتضاء وهو السلطنة ولكن مطلق السلطنة لا السلطنة المطلقة كما في المضاربة والعارية والوديعة وغير ذلك كما عرفت المصير فيه في المضاربة بتفصيله وعلىٰ هذا فلا بد

....

من المصير الىٰ ما قاله الشيخ الانصاري ولا تكون زحمات المحقق الخراساني في محلها لتكلف لا داعي إليه فالحق عبارة عن تمييز الحقوق وبعد ان كان الحق كذلك فانه اضافة يترصد لما هو الآثار المترتبة عليه فان الحقوق تكون بتمييز حق الشركاء والقسمة ايضاً يكون لتمييز حق الشركاء في حقوقهم هذا من ناحية الحقوق .

واما القسمة : فان الشركة الحقيقية عبارة عن كون جميع الشركاء لهم يد ناقصة علىٰ المال المشترك فان القسمة ايضاً تكون جالبة لتمييز حق الشركاء لا لتعيينهم فان القسمة التي لا اشكال في شرعيتها كتاباً وسنه وحقيقتها وهي نحو اعتبار خاص منتزع من منشأ مخصوص ومرجعها الىٰ افراز الملكية المنتشره أو تجزئة الأجزاء المشتركة من الاملاك والحقوق لان حقيقة الشركة عبارة عن سلطنة واحدة علىٰ العين بتمامها بمالها من الاجزاء القائمة بشخصين أو ازيد بنحو يكون لكل واحد من الشركاء السلطنة الناقصة علىٰ تمام العين كما في غير الشركة الحقيقية غير ان في غير الشركة كانت السلطنة علىٰ العين قائمة بشخص واحد علىٰ نحو يكون مستقلاً في التصرف وفيها قائمة بشخصين أو أزيد بدون ان تكون شركة في نفس العين حقيقية علىٰ ان تكون العين جزء منها لواحد والجزء الآخر لآخر نعم يعتبر العقل بملاحظة كونها أي العين متعلقة للسلطنة شركة في نفس العين ايضاً فيعتبر في الخارج اجزاء مختلطة بعضها ببعض لكنه مجرد وهم وخيال بدون ان تكون شركة حقيقية وحينئذ تكون القسمة معينة لتلك الاجزاء المختلطة ملكية كانت أو حقوقية أعتباراً بعضها عن بعضها لانها عبارة عن مبادلة جزء منها بجزء آخر كما توهم وبهذه الجهة نقول بانها غير مرتبطة بباب البيع لعدم صدق المبادلة بين المالين بل ولا يكون قصد المبادلة بين الملكيتين ايضاً غاية الامر

. . . .

نتيجة هذا الجمع والافراد حصول المبادلة قهرياً بين مراتب الملكية بـل بـتبعيته تصدق المبادلة بين المالين ايضاً ولكنه من لوازم قصد معنىٰ آخـر لانهـا بـنفسها مقصوده وبعد ما عرفت انه لا يمكن الشركة في العين حقيقة وانما الشـركة فـي السلطنة من حيث قيام السلطنة الواحدة المتعلقة بـالعين لشـخصين وعـليه فـلا يتصور لها جزئان جزء له وجزء للآخر لتقع المبادلة بالنحو المبهم ولا يعتبره العقلاء لملكية الجزء المبهم بل العين متعلقة لتلك السلطنة القائمة بهما ومعه لا تكـون القسمة مبرزة لتلك الحصة من السلطنة القائمة بعين كل من الشريكين أو الشركاء بملاحظة ما يعتبر العقل من الشركه الوهمية الخيالية من حيث انطباقها في الخارج وايضاً لا يعتبر العقلاء بالقسمة المصالحة لعدم انشاء تسالم في البين بل المقصود أولاً هو الافراز المزبور وان اردت القياس والاعتبار فيمكن ان نـقول ان اعتبـارها بالفسخ أقرب من ان يكون عقداً فلا يشمله أوفوا بـالعقود كمـا انـه ليس لدليـل مشروعية القسمة بالمعنىٰ المسبب اطلاق متكفل لحال مشتبه وحينئذ نقول :

اما الاسباب فالمراد الاول : منها التعديل في السهام .

الثاني : التراضي من الطرفين وهذا مما لا اشكال فيه اعتبره العقلاء وانما الكلام في انه يكفي مجرد الرضا الباطني أو انه لا بد من ابرازه الظاهري الظاهر هو الثاني وتظهر الثمره فيما لو تراضيا ولم يبرزاه الا بعد مدة فانه علىٰ القول بـعدم اعتبار الابراز الخارجي كانت القسمة حاصلة من حين التراضي أولا فيكون تحيز كل واحد من نصيبه من النماء تابعاً لاصله .

واما علىٰ القول بمد خلية الابراز الخارجي فقد كانت القسمة حاصلة من حين الابراز ولازمه كون النماء الحاصل فيما بين زمان التراضي والابراز مشتركا بين الشريكين .

....

ومنها : القرعة التي هي وسيلة الىٰ ابراز الحق وظاهر المشهور هو اعتبار الرضا بعدها فيما لو كان القاسم انفسها .

لكن قد يشكل باختصاص ادلة القرعة بمورد التشاح علىٰ ما يستفاد من أدلة القرعة فلا عموم لها يشمل المقام وعلىٰ فرض العموم يحتاج العمل بها الىٰ عمل الاصحاب ليكون جائزاً لها فعند عدم احراز ذلك لا مجال للعمل بها .

لكن الانصاف عدم ورود هذا الاشكال فان مجرد ورودها في مورد التشاح لا يوجب اختصاصها به خصوصاً مع تحقق ما هو المناط في مورد التشاح وهو كونه لابراز الحق في المقام ايضاً واما لجبر فيكفي مصير المشهور الىٰ العمل بها .

واما للاستدلال علىٰ عدم اعتبارها بما في بعض الاخبار من قوله لك ما عندك ولي ما عندي أولاً .

وثانياً : باطلاقات أدلة القسمة .

وثالثاً : بقاعدة السلطنة علىٰ ما عين بعد التراضي فمدفوع .

اما الاول : فلعدم كونه مربوطاً في المقام من جهة كونه محمولاً علىٰ المصالحة كما هو ظاهر الرواية ايضاً .

واما الثاني : فلعدم كونه متكفلاً لبيان الاسباب لكونه حينئذ كالادلة الدالة علىٰ مملوكية البيع الغير متكلف له لبيان ان سبب المملك أي شيء .

واما الثالث : فهو ايضاً كذلك لان السلطنة انما هي بعد تحقق القسمة فلا يكون هو متكفلاً لبيان سبب القسمة .

واما الرضا بعد القرعة فهو عدم أعتبار للقرعة وللسيرة المستمرة العرفية كما لا يخفى علىٰ من لاحظ الطريقة العرفية وأهل العرف في مقام القسمة والتحقيق ان الشركة والحقوق علىٰ ما صرنا إليه بعد ان كانت الشركة عبارة عن السلطنة تكون

. . . .

القسمة مورد لابراز ما كانا يملكانه أو ان في الحقوق لما كانت عبارة عن اضافة السلطنة التي تكون لازمةً للسلطنة الواقعة تكون القسمة ابرازاً لماملكاه وبعد ان كانت السلطنة موجودة وكانت اليد الناقصة موجودة يكون للقسمة ابراز لما كان يملكه ولا يكون للقسمة موجد للملك بل يكون ابراز ما ملكه وحينئذ اذا كانت له اليد الناقصة علىٰ ملكه وانما يريد بالقسمة معيناً لما يملكه ومبرزاً له فيكون سلطنته علىٰ ملكه مقتضيةً لارادة القسمة فأبرازه لا يكون محتاجاً الىٰ اجازة الشريك فيما اذا لم يكن خلاف الامتنان لباقي الشركاء فالسلطنة انما تكون قبل تحقق القسمة وانما تكون القسمة موجبة لابراز ما كان يملكه الشركاء فاذا كانت السلطنة مستقرة فنفس السلطنة تقتضي القسمة فالسلطنة تتقتضي ايجاب القسمة علىٰ كل واحد من الشركاء اذا لم يكن خلاف الامتنان لباقي الشركاء فالشركاء لهم الايجاب علىٰ الشركاء الآخرين علىٰ هذه القسمة هذا أولاً.

وثانياً : فان في الشركة لما كان الشريك شريكاً مع الشركاء الآخرين في السلطنة فيكونوا مشتركين في هذه السلطنة ويريد المشتركون التغلب علىٰ اموالهم المشتركة ويكون لهم ذلك لانه لهم اموالاً ويريدون السيطرة علىٰ ذلك وعلىٰ هذا يكون الامر فان هذا يكون وسيلة لابراز الحق الموجود في المال للشركاء فتكون أدلة القرعة شاملةً له فان العرف انما يقدم علىٰ القسمة بعد وجود الحق في المال المقسوم واما اذا لم يكن له حصة في المال فلا يقدم علىٰ القسمة وقسمة العرف انما يقدم في ظرف وجود الحصة كما في مورد الشركة والحقوق الثابته فيكون مجالاً للقرعه ايضاً فلا يكون الشك في مورد الشك في حصول الملكية بالقسمة حتىٰ نقول بان أدلة القسمة غير شاملة له فان المورد يكون من باب تحقق الملكية والسلطنة ولكن هذه السلطنة الموجودة مرجع القسمة الىٰ تجزئة المال بعد ان كان

....

واحداً بسلطنات مستقلة ، ومن المفروض ان الشركة لما كانت لكل واحد حصصاً متعددة حسب تعدد الشركاء ومن هذا قلنا بان هذه الحصص تكون لكل واحد ايادي متعددة حسب تعدد الشركاء وهذه الايادي توجب ان تكون مسلطةً علىٰ أخذ حصتها من المال المشترك وعلىٰ هذا فقسمة الحصة الخاصة به لا يوجب ان يكون محتاجاً الىٰ اجازة باقي الشركاء فيمكن لكل واحد التقسيم في ماله من دون ان يكون محتاجاً الىٰ اجازة باقي الشركاء لانه له يد علىٰ الحصة الخاصة بـه اذ الشركة انما تكون في السلطنة وتكون خارج مرحلة الانطباق سواء كان هناك مرحلة الانطباق ام لا ولا يكون دخيلاً لا في انعقاد الشركة ولا في ايجاب عقد الشركة ومرحلة الانطباق التي قلنا بها ايضاً تكون خارجةً عن مرحلة القسمة فان السلطان علىٰ مال القسمة اذا اراد القسمة يحرم علىٰ الشركاء الآخرين منعه ، نعم لو كانت القسمة خلاف الامتنان في حقهم فلا يكون اطلاق السلطنة شاملاً له حتىٰ يكون مسلطاً علىٰ القسمة والذي بنىٰ عليه القوم علىٰ الرضا بالقسمة فان ذلك من جهة ان الشركة حقيقة كالارث لاختلاط الاموال عن غير قصد الشركة واما الشركة الحقوقية التي تكون الشركة في السلطنة فلا يمكن الا ان يكون الشركاء متشاركين في اصل السلطنة والمال المشترك الخارجي الذي يكون في مرحلة الانطباق ولا ربط له بالشركة الواقعية بل يمكن ان يقال بعد ان كانت الشركة القهرية بنحو الاختلاط القهري تكون القسمة ايضاً اذا اراد احدهما (لقسمة يجب ان يكون الشريك الآخر لا بد وان يرضىٰ به حتىٰ انه يمكن انه لو اراد احد الشريكين القسمة وجب علىٰ الآخر الاجابة له .

وها هنا عدة فروع :

الاول : رضىٰ الجميع في القسمة فقد قلنا بان كل واحد من الشركاء له

. . . .

السلطنة التامة في تخليص حصته عن حصة غيره اذا لم يكن خلاف الامتنان في حق باقي الشركاء وإذ اراد احد الشركاء القسمة يجب علىٰ الشركاء الآخرين اجابته إلا ان يكون مدعياً خلاف الامتنان في حقه .

الثاني : ان القسمة انما تفرق عن جميع ابواب المعاملات وتكون بالفسخ أقرب من باقي المعاملات .

الثالث : ان القسمة انما تكون بعد وجود الملك والحق ثابت للشركاء أو الحقوقيين وعلىٰ هذا فيكون المورد مورداً لوجود القرعة بعد تعديل السهام .

الرابع : ان القرعة انما تكون باعتبار ادلتها لكل أمر مشكل وبعد ان كانت الشركات القهرية الاشاعية ذات يد علىٰ المال ولكن تقسيم هذه الأيادي الثابتة علىٰ المال مشكل لأن يسيطر كل علىٰ ماله ونتيجته ان يكون افراز الايادي مورداً لاطلاقات القرعة وتكون سلطنة كل واحد لما يكون ملكه مورد للقرعة فاطلاقات أدلة القرعة شامل له ولو برضىٰ باقي الشركاء بهذه القسمة .

الخامس : ان القسمة انما تكون افرازاً في قبال الشركة التي تكوّن الملكية المنتشرة وعلىٰ هذا فان القسمة لما كانت افراز للملكية وجمعها فان عدم رضاية باقي الشركاء تارة تكون حكمية وتارة تكون حقيقية .

اما اذا كانت الزيادة حكمية فلا يكون ذلك موجباً لخلاف الامتنان للشركاء سواء كان سهم الشريك جنب المسجد أو كان جنب الحمام أو غير ذلك فان هذه الزيادة لا تكون خلاف الامتنان لأن الامتنانية وخلاف الامتنانية انما تكون مورد الاطلاق في نفس السلطنة وذلك لا يستقيم في العروض الخارجية التي لا تكون خلاف الامتنان شاملةً له اذ القرائن الخارجية لا تكون موجبةً لتقييد العام كما هو محرر في محله إلاّ اذا كان له قدر متيقن في مقام التخاطب واما القدر المتيقن

. . . .

الخارجي فلا يكون موجباً لتقييد العام وعلىٰ هذا فلا يكون خلاف الامتنان شاملاً لهذه الجهة .

السادس : ان الرد في القسمة ليس معاملة مستقلة خارجة عن القسمة بحقيقته بل هو من تبعات القسمة حيث ان اعتباره راجع الىٰ افراز الملكية المنتشرة من الطرف المعين ويقتضي زيادة إليه في الطرف الآخر من جهة اشتمالها علىٰ خصوصية عينية حكمية كما قلنا انفاً ونحوه يوجب حظاً من مراتب الملكية التي لا يتجاوبها الطرف الآخر عند جمعه بل يحتاج جمعه فيه الىٰ ضميمة شيء آخر له وحينئذ فالرد يكون مملوكاً بعين الافراز المزبور لا بتملك جديد وحينئذ فما اعتبر في أصل القسمة نقول :

ان القسمة مطلقاً تكون اطلاقها في جميع الموارد ولا يمكن الرد في ذلك فان من الواضح ان السلطنة الموجودة لكل واحد من الشركاء معناه ان يكون مسلطاً لتخليص ماله عن باقي شركائه وعليه فهذا الجمع يكون عبارة عن القسمة فاطلاق السلطنة يقتضي ان يكون له الجمع كما كان له الانتشار أي الشركة فكماله السلطنة علىٰ الانتشار تكون له السلطنة علىٰ الجمع فنفس الرد يكون الملكية التي كانت في السابق ولا يحتاج الىٰ ملكية جديدة ثم لو غضضنا النظر وقلنا بان الرد مستقل ولو بتحقق مثله في ضمن القسمة الانشائية .

نقول : انه يكفي فيه مجرد الرضا في ضمن انشاء القسمة ولو بضميمة القرعة المزبورة بلا احتياج الىٰ رضا آخر حين الرد الخارجي من قبيل الوفاء بهذه المعاملة والقسمة . لا اشكال في صحة القسمة مع تراضي الشركاء في ذلك بلا ضرر عليهم في ذلك .

واما مع لزوم الضرر علىٰ الشريكين في هذه القسمة أو علىٰ أحدهما فان لم

. . . .

يبلغ حد الخروج عن المالية فكذلك لعموم السلطنة لكل واحد منهما علىٰ افراز ماله عن مال الغير وان بلغ حد الخروج عن المالية فان كان قابلاً لبقائه علىٰ الملكية وان لم يكن مالاً مع فرض قيام غرض عقلائي علىٰ مثله فلا شك في شمول العموم المزبور له . واما لو كان رجيلاً سفهياً ففي سلطنة المالك علىٰ مثل هذه التصرفات السفهية بمقتضى عموم السلطنة يمكن ان لا يكون الاطلاق شاملاً له فانه علىٰ فرض عموم السلطنة علىٰ التصرفات السفهية امكن منع صحة هذه القسمة من جهة أخرىٰ وهو ان أدلة الاسباب من العقود والايقاعات منصرفة الىٰ العقود والايقاعات العقلائية وإلىٰ الاسباب العقلائية ولا تكون المعاملات السفهية شاملة له .

اللهم إلا ان يقال ان المراد من انصراف هذه الامور الىٰ الامور العقلائية انما هو ما كان بنوعها كذلك لان يكون بشخصه ويترتب بذلك ان يكون الحكم ببطلان الفسخ اذا لم يكن غرض عقلائي في ذلك المفروض وقوع ذلك ولذلك ترىٰ الحكم بصحة الفسخ الذي لا يكون لغرض عقلائي فذلك يكشف ان الحكم بما يكون بنوعه عقلائي وان لم يكن في مورد الشخص غير عقلائي .

ولكن الانصاف عدم الالتزام بالتالي المزبور عن الوجه المتداول في ألسن الفقهاء في الحكم ببطلان الاوقات العامة أو غيرها من سائر المعاملات من جهة السفهية .

بل وظاهر استدلالهم في المقام لعدم صحة القسمة بالسفه شاهد مدعانا وعليه لا يبعد الحكم بالفساد في مثل هذه القسمة السفهية التي تعين بالقرعة هذا في الشركة الاشاعية واما اذا كانت بنحو الكلي في المعين . فالتعيين بيد من عليه الحق . ففي مثل البائع بيد البائع وفي مثل الوقف علىٰ الفقراء بيد المتولي وفي مثل

....

الخمس والزكواة بيد المالك. نعم اذا كان ملك الجميع بنحو الكلي في المعيّن كما اذا كانت صبره مشتملة علىٰ عشرة أصْوُع فباع صاعاً منها من زيد وصاعاً من عمر وهكذا الىٰ تمام العشرة فحكمه حكم الشركة الاشاعية من اشتراط رضا الجميع من تعيين حصة كل واحد.

فرع:

قد عرفت في ما ذكرنا ان السلطنة تقتضي القسمة كما انها تقتضي الانتشار أي الشركة كذلك تقتضي الجمع ولا يمكن ان يكون الشركاء مانعين من ذلك إلاّ ان يكون خلاف الامتنان للشركاء الآخرين كما عرفت ذلك مفصلاً وسيجيء التوضيح بذلك هذا في الشركة وبهذا يكون محلاً للقرعة لأن القرعة انما تكون واردة مورداً يكون له واقع معلوم وكان مورد الاشتباه والتمسك بالقرعة في هذه الموارد مما عمل به الاصحاب لان السلطنة للشركاء معلومة والاشتباه في الجمع الذي يكون واقع معلوم وهو هذا مورده.

فرع:

بعد ما قلنا بان اليد الموجودة للشركاء بناء علىٰ الشركة الاشاعية تكون اليد للشركاء واردةً علىٰ مال الشركة وتكون حصصاً من الايادي في هذا المال المشترك والمال المشترك يكون لهم التصرف فيه واما من ناحية القسمة فان مقتضي القاعدة ان يكون لكل واحد التصرف في ذلك ما لم يكن خلاف الامتنان للشركاء الآخرين.

وعلىٰ هذا فان كانت القسمة موجبةً لخلاف الامتنان بحيث يخرج عن المالية فقد تقدم البحث في ذلك وان كانت القسمة موجبةً للخروج عن الملكية والمالية فقد قلنا بان المقسوم خارجاً عن الملكية والمالية لا يتصور فيه القسمة ولو كانت القسمة لغرض عقلائي اذ ما لا يتحمل اختصاص الملكية بعد القسمة

. . . .

والاقرار كيف يتحمل حقيقة القسمة الراجعية الىٰ جمع الملكية المنتشرة اذ بعد ان لم يكن في البين مال وملك فكيف تتحقق القسمة كما هو معروف وعلىٰ هذا اذ بعد عدم وجود الملكية فكيف يراد جمعهُ في محل معيّن كما هو واضح .

فرع :

اذا كانوا شركاء وببقاء الشركة يوجب الضرر علىٰ جميع الشركاء أو علىٰ احدهما فان المتضرر واحداً فيمكن الزام شركائه بالقسمة واجباره كما هو قضية السلطنة ولو يرفع أمره الىٰ الحاكم الذي هو ولي من لا ولي له وولي علىٰ اجباره ومع عدمه يقتسم الحاكم ولاية عن الممتنع بناء علىٰ التحقيق من ان هذه الامور شؤون الحكام والقضاة الثابت لفقهائنا في زمن الغيبة وسيأتي التفصيل في ذلك عند تعرض الماتن له .

فرع :

ان الشركة الاشاعية انما تخالف الكلي في المعيّن ومن الواضح انه لو باع الكلي في المعيّن وتلف المال يكون الباقي ملكاً للمشتري ولا يكون التلف مورداً للاشتراك بين البائع والمشتري الذي هو قضية الاشاعة وانما يكون الموجود ملكاً للمشتري من دون ان يكون التالف مورداً الشركة المشتري وعلىٰ هذا فيكون تباين بين الشركة الاشاعية والشركة بنحو الكلي في المعين وقياس المقام أحدهمابالاخر خال عن الدقة فلو كان الامر كما يقوله الماتن لا يكون رضا احدىٰ المشتركين في المعين بل يتعين في الكلي الموجود معيناً وعلىٰ هذا فلا يكون مورداً لرضا الجميع في ذلك .

فرع :

اذا لم يكن في البقاء علىٰ الشركة ضرر علىٰ أي واحد من الشركاء ولكن كان

....

واحد من الشركاء طالباً للقسمة .

فان كان المال المشترك مثلياً يمكن فيه تعديل السهام فيه بنفسه وكانت السهام متساوية من حيث المالية علىٰ وجه لا يحتاج الىٰ رد شيء زائد من احدهما فظاهر كلمات الاصحاب تسلم مشروعية اجبار الشريك علىٰ القسمة .

واما مع انتفاء واحد منهما من هذه القيود ففي جواز الاجبار عليها فيه خلاف وتردد في كلمات الاصحاب .

والتحقيق في المقام هو المصير الىٰ القواعد عند الشك ما لم يقم اجماع في البين والا فالنصوص غير وافية لاثبات شيء في البين .

فنقول قد يتوهم بان مقتضى السلطنة وعمومه علىٰ افراز المال يقتضي جواز الاجبار ولو برفع الامر الىٰ الحاكم الذي هو ولي الممتنع ومن شأنه اجبار الممتنع علىٰ ايصال الحقوق الىٰ ذويها ولازمه جواز الاجبار في جميع الفروض المشتبهة فضلاً عن المتيقنة لذي الاصحاب والىٰ ذلك ذهب صاحب الجواهر ايضاً من مصيره الىٰ جواز جميع الفروض بعموم السلطنة حتىٰ لو لم يكن هناك تعديل السهام .

ولكن يمكن ان يقال ان سلطنة كل واحد علىٰ أقرار ماله معارض بسلطنة غيره علىٰ ابقاء الشركة حيث ان اعتبار الجمع والافراز في المال مباين مع البسط والانتشار فكما ان للمالك جمع ماله وافرازه له ايضاً ابقاء ماله علىٰ انتشاره وبسطه بلا ترجيح لاحد السلطنتين علىٰ الآخر ولازمه حينئذ سقوط عموم السلطنتين وكون المرجع هو اصالة الفساد بالنسبة للقسمة إلاّ ما خرج بالاجماع ولعله الىٰ مثل هذه الجهة نظر المستشكلين فيها في غير الفرض الاول الذي لازم الضرر علىٰ احدىٰ الشريكين في بقاء شركته التي هي مورد تسالمهم في كلماتهم .

. . . .

اللهم الا ان يقال ان اعتبار الجمع والبسط في الملكية راجع في انظارهم الىٰ الكمال والنقص الموجب لسلطنة كل مالك علىٰ تكميل ماله وليس للآخر منعه لعدم كون جهة النقص أمر تحت سلطنتة علىٰ وجه التعارض مع سلطنة غيره خصوصاً كما قلنا بان السلطنة ارفاقيةً وارفاقيتها تقتضي ان يكون لكل واحد أمر السلطنة بيده اذا لم يكن خلاف الارفاق لشريكه فلا وجه لمنع الشريك في هذه القسمة ، فلازمه ان يكون مجبوراً بالقسمة ولا يمكن منع الشريك في ذلك فمنع الشريك عن القسمة لازمه الحكم باجبار الشريك علىٰ ما اراده .

فرع :

لا يخفى ان اعتبار القسمة انما يكون لدىٰ العقلاء في الملكية المشاعة للتالي واما الملكية القابلة للجمع والبسط أخرىٰ نظير ملكية الاوقاف علىٰ الطائفة الواحدة طبيعياً علىٰ طبيعته ففي أعتبار العقلاء اعتبار القسمة فيها ما دام الانبساط ولو بالنسبة الىٰ طبيعة معينة اشكال ، نعم لو كان الوقف بنحو التشريك بين الطائفتيين بمعنىٰ كون تطبيقه لطائفة خاصة والنصف الآخر للآخر وهكذا وكذا بعد انقراض كل واحد منها ايضاً جعل للمصرفين بنحو الشركة الىٰ ان تنقرض العين لا بأس باعتبار القسمة فيه من دون فرق بين كون الواقف للواقفيين واحداً أو اثنين ومجرد عدم تمامية اختصاص كل طبقة بالمال فلا سلطنة له علىٰ الافراز لا تقتضي عدم اصل القسمة في مثله غاية الامر تحتاج مثل هذه القسمة النافذة في جميع الطبقات الىٰ قيام المصلحة فيها كي يتصداها من يلي أمر الوقف علىٰ طبق مصلحة الطبقات في أوقافهم .

نعم : مع عدم مصلحة الطبقات ليس لطبقة واحدة قسمتهم مع شركائهم في الوقف بمحض مصلحة انفسهم فلو كان اعتبار القسمة مما يقبل عند العقلاء

. . . .

التحديد بأمد معين بحيث ينعدم بضميمته بنفسه من دون احتياج الىٰ تجديد سبب الشركة وكانت السلطنة الطبقة الواحدة عليها وجه .

واما اذا لم يكن أمر القسمة في انظارهم بهذه المثابة كما هو الشأن في سائر الاعتبارات من البيع والصلح وامثالها فلا مجال للالتزام بصحتها ولا أقل من الشك في أعتبارها حينئذ فالاصل عدمها .

والتحقيق ان الامر لا يكون كذلك بعد ان كانت سلطنة كل طبقة علىٰ الوقف انما تراعي الطبقة الموجودة ولا بد ان لا تكون خلاف الامتنان للطبقة المستقبلة .

ومن الواضح ان مصلحة الطبقة الموجودة ليس لها اطلاق يقتضي ان يكون خلاف الامتنان للطبقة المستقبلة وعلىٰ هذا فان سلطنة الطبقة المستقبلة بعد ان كانت امتنانيةً فليس لها اطلاق يقتضي خلاف الامتنان للطبقة الحالية ومن الواضح ان المصلحة تقتضي ان تكون القسمة اذا كانت وافيةً للطبقة الموجودة لا بد وان تجري القسمة لو كان ذلك مورداً للامتنان اذ اطلاقات السلطنة بعد ان كانت ملازمةً لعدم الاطلاق لمورد خلاف الامتنان فقهراً يكون لكل طبقة يمكن ان يكون متصرفاً للتصرفات الموجبة لجميع التصرفات إلاّ انه لا بد وان لا يكون خلاف الامتنان بالنوع الذي يكون مورداً لذكره .

فرع :

ومن التحقيق الذي ذكرناه وهو ان القسمة تكون مشروعةً بين المالك والوقف المشاع معه المالك خصوصاً مع اقتضاء مصلحة البطون ذلك لأن المالك كما انه لا يكون له السلطنة اذا كان خلاف الامتنان للبطون اللاحقه فمع قصور السلطنتين كان الامر كما ذكرنا فمثلاً لو كان بقاء الشركة مع الوقف ضرراً علىٰ المالك الطلق فحينئذ مشروعية القسمة تكون بمحض طلب المالك الطلق ذلك .

. . . .

وحينئذ يجري فيه التحقيق الذي ذكرناه في ان القسمة هل تكون فيها مراعات الامتنان للوقف وان هذه القسمة تكون مراعاة للقاعدة المتقدمة في هذا المورد.

ويمكن ان يقال ان نظر الاصحاب (رضوان الله تعالىٰ عليهم) في هذه الموارد انما يكون في بيان أصل تشريع القسمة في هذه الصور بل كونها في مقام البيان من هذه الجهات وتكون هذه الجهات راجعةً الىٰ نفس القواعد المضروبة في المورد.

هذا كله في شرح حقيقة القسمة واما الجهات الاءخر فلا بد من بيان ذلك في ضمن أمور:

الاول:

التعديل في السهام اذ القسمة لما كانت عبارة عن رد كلما يكون لصاحبه بمعنىٰ افراز كل واحد من الشركاء في قبال الجمع الذي يكون عبارة عن الشركة ومن المفروض ان الافراز لو كان الملاّك هم المسيطرون علىٰ املاكهم فلا بد وان يكون الافراز محتاجاً الىٰ تعديل السهام واما اذا لم يكن الملاك مسيطرين علىٰ املاكهم فلا يحتاج الىٰ تعديل السهام وبعبارة واضحة ان الشركة اذا كانت حقيقية كما يراه القوم كانت لتعديل السهام لان القسمة كانت عبارة عن الافراز كما قلنا.

وهذا بخلاف الشركة الحقوقية فان المسيطر لا يكون الشركاء الحقيقين وانما يكون المسيطر هم الشركاء الحقيقيين وذلك لا يحتاج الىٰ تعديل السهام اذ من الواضح لو كانت حقوقية لا يكون الملاك مسيطرين علىٰ اموالهم إلاّ ان ذلك من جهة السيطرة علىٰ مال الشركة اصلاً وانما المسيطر هو الهيئة الحقوقية والهيئة الحقوقية تجعل المال معدلاً في سهامه اذ بعد ان كانت الشركة حقوقية لا يكون

اذا كانت بنحو الكلي في المعين فالتعيين بيد من عليه ففي مثل البيع بيد البايع وفي مثل الوقف على الفقراء بيد المتولي وفي الخمس والزكاة بيد المالك. نعم اذا كان ملك الجميع بنحو الكلي في المعين كما اذا كانت صبرة مشتملة على عشرة اصوع فباع صاعاً من زيد وصاعاً من عمرو وهكذا الى تمام العشرة فحكمه حكم الشركة الاشاعية في اشتراط رضا الجميع في تعيين حصة كل واحد.

(مسألة ٢) : قالوا يستحب للامام (عليه السلام) ان ينصب قاسماً لانه من المصالح العامة وعن القواعد الاجماع عليه وفي الجواهر لا ريب فيه وانه كان لعلي (عليه السلام) قاسم اسمه عبدالله بن يحيىٰ ويظهر من بعضهم استحبابه للحاكم مطلقاً ويشترط فيه البلوغ والعقل والايمان والعدالة والمعرفة بالحساب ولا يشترط فيه الحرية ، قلت لا دليل علىٰ استحباب ذلك بالخصوص بحيث يكون مرجعاً في القسمة ومقبول القول فيها ، نعم مع الاحتياج إليه لا مانع من جواز نصبه وإلا فلا

المساهمين مالكين للسهام شخصياً وانما المالك الهيئة الاجتماعية والهيئة الاجتماعية المسؤولة للسهام بل لا تكون سهاماً وانما تكون سهماً واحداً تملكه الشخصية الحقوقية وهذا السهم الواحد لا يحتاج الىٰ التعديل واما القسمة فتكون واردةً علىٰ هذا المال الواحد ذات مالك واحد فاذا اراد الملاك الحقيقيين أخذ ما اشتركوا في هذه الشركة الحقوقية فالهيئة الاجتماعية هي المتكفلة للقسمة فلا يكون أشخاص الحقوقيين غير مسيطرين علىٰ سهامهم فليس لهم وانما الهيئة الاجتماعية لها تعديل السهام وليس للمشتركين السلطنة لأفراز سهامهم ولا لجمع ذلك بل كل ذلك يكون للهيئة الاجتماعية وللهيئة هذه السلطنة فقط.

اشكال في جواز تصديهما بنفسهما وجواز توكيلهما غيرهما حتىٰ الكافر نعم يشكل توكيل الصبي لعدم صحة معاملاته وكون عبدالله بن يحيىٰ قاسماً لأمير المؤمنين (عليه السلام) لا دلالة فيه علىٰ استحبابه بالخصوص مع انه يحتمل ان يكون قاسماً له في أمر بيت المال وتوزيعه علىٰ مستحقيه ثم لا يشترط في القاسم التعدد سواء كان منصوباً من الحاكم أو وكيلاً عنهما إلاّ مع عدم رضا احدهما إلا بالمتعدد من غير فرق بين قسمة الاجبار وقسمه الرد وغيرهما لكن في الشرائع لا بد من أثنين في قسمة الرد لأنها تتضمن تقويماً فلا ينفرد الواحد به وفيه ان غير قسمة الرد ايضاً قد يحتاج الىٰ التقويم وقد لا تحتاج هي ايضاً إليه مع ان القاسم لا يلزم ان يكون مقوماً فان احتاج الىٰ التقويم عين أثنين له[1].

---

(١) في هذه المسألة فروع:

الفرع الأول: استحباب نصب القسام للامام فان القسمة لما كانت واردةً في مورد الافراز بعد الجمع فتفرقات القاسم في الاموال تارة تكون برضاية الشركاء وتارة تكون بدون رضاية الشركاء هذا أولاً.

وثانياً: ان القسمة لما كانت بالرد أشبه فلا بد وان يكون الذي يلتزم بذلك له السلطنة علىٰ ذلك ومن له السلطنة لا بد وان يكون له السلطنة مع عدم رضا الطرفين بذلك فيلزم ان يكون شخصاً منصوباً لهذا الامر فيستحب ان قلنا بوجوب نصب الامام معيناً للقيام بهذه الامور.

الفرع الثاني: بعد ان قلنا بانه يجب وجوباً نظامياً في تعيين من يقوم بهذا الامر علىٰ الامام فهل في زمن الغيبة علىٰ المجتهد ان ينصب القاسم فانه بعد ما

....

قلنا بان تعيين القسام كان شأن قضاة السنة وكل ما كان شأن قضاة السنة كان بمقبولة عمر بن حنظله الحاكمة بان كل ما للقضاه يكون للمجتهدين فيكون من المصالح العامة التي لا بد للفقيه التصدي بذلك ونصبه قساماً ، وكيف كانت تمضي تصرفات القاسم المنصوب من قبل الامام في قسمة الاجبار وغيرها ولا يعتبر فيه رضا الطرفين كمضي حكومة الحاكم وفي زمان الغيبة نصب القاسم كالامام (عليه السلام) مبني علىٰ ان الثابت للحكام المجتهدين هل هو الولاية العامة التي تكون من المرتبة العالية من الولاية أو ان الثابت للمجتهدين هو المرتبة المتوسطة وهو الولاية المطلقة التي تكون من شؤون ولاة الجور في زمان الحضور أو ان الثابت هو المرتبة الاخيرة المختصة بخصوص قضاة الجور فعلىٰ الأول لا اشكال في ان للمجتهد نصب القاسم كالامام وانه تمضي تصرفاته وقسمته من دون احتياج الىٰ رضا الطرفين وعلىٰ الثاني فمبني علىٰ كون ذلك أي نصب القاسم من وضائف الولاة في زمان الحضور فيكون النصب للقاسم كالامام وكذلك الامر علىٰ القسم الثالث اذا أحرز كونه من وضائف القضاة في ذلك الزمان وإلا فليس له ذلك إلاّ اذا أستلزم بقاء شركة التشاح الموجب لضياع الاموال الكثيرة واراقة الدماء فله حينئذ من باب الحسبه القيام بذلك ونصب القاسم للتقسيم .

والتحقيق ان المجتهد يكون له الولاية العامة كالامام (عليه السلام) فانه أمر مرفوض عند الاصحاب واما كونه من شؤون قضاة الجور فهو مسلمٌ ولكن الحاكم الشرعي حيث كان الامر من شؤون قضاتهم هذا من ناحية ومن ناحية أخرىٰ فقد قلنا في مورده ان حكم المجتهد الجامع للشرائط يكون نافذاً في كل الموضوعات العرفية العقلائية بحيث لو أمر بشيء يكون أمرهُ وجب الاطاعة ولو لم يكن من الاحكام ولم يكن ايضاً من الموضوعات المستنبطة وعلىٰ هذا فاذا كان احد

. . . .

الشريكين يريد الافراز واراد الثاني الجمع وقال المجتهد بالافراز يجب علىٰ الثاني قبوله وان لم يكن هناك نزاع ولا تشاح .

الفرع الثالث : فان القسمة وان كانت بالفسخ أشبه ولكنها لا تكون من المعاملات ولو سلم فان الصبي اذا كان مراهقاً وكانت السهام متعادلة فلا يكون انشاء القسمة له غير مورد للاشكال إلاّ ان يقال بان عمد الصبي وخطائه واحد يكون شاملاً للمقام وقد بينا في محله بان هذه الادلة لا يكون شاملاً للمقام لعدم جواز أمر الصبي وذلك اذا كان هناك تصرفاً مالياً والمقام ايضاً كذلك ولهذا فالتعديل يمكن ان يقوم به الصبي واما الافراز فلا يكون له .

الفرع الرابع : بعد ان كانت القسمة أمور اعتبارية فان العقلاء انما يعتبرون الوثوق بالقسام واما العدالة والإيمان فالعقلاء لا يرون اعتبارهما وقد بينا سابقاً ان القسمة اعتبار خاص منتزع من منشأ مخصوص منشأها ومرجعها الىٰ افراز الملكية المنتشرة وجمعها في عين مخصوصه وهذه الجهة توجب ان يكون من أهل الخبرة في القسمة واذا كان معتبراً في خبرويته عند العقلاء لا يحتاج الىٰ العدالة ولا الإيمان بل يكون قاسماً ولو كان كافراً . كما ان العقلاء انما يعتبرون في أهل الخبرة صفاتاً هذه الصفات لا تدور مدار جعله خبيراً في الفعل الذي يعتبرون فيه هذه القابلية وهذه القابلية تستقيم حتىٰ ولو كان من أهل الخبرة صبياً إلاّ انه بعد ان كان تصرفاً مالياً فان الصبي لا يمكن ان يكون متكفلاً له ولكن في سائر تصرفاته بالنسبة الىٰ مقدمات القسمة كتعديل السهام واخراج القرعة مثلاً من جهة عدم اعتبار التكليف في مثل هذه الاعمال .

الفرع الخامس : القاسم يكون اميناً في قسمته فيكون في قسمته قاعدة الإيمان ويكون كلامه حجة في جميع ما يخصه بأيمانه الذي أمن لأجله ومن

. . . .

المفروض ان القاسم انما يقسم بمعنىٰ أنه يفرض الشركاء المجتمعين في العين ومن الواضح ان الامين انما تكون امانة مقبولة في جميع الامور إلا في الرد فان الرد في الامين كما ذكرناه مراراً يكون ادعائه للرد لا يسمع منه إلاّ اذا كان المالك للمال مقراً لذلك وهذا هو الذي ذكره المحقق في قبول قول الامين فلا بد وان يتنجز إلاّ مع التعدد اذ القسمة لا تستقيم إلاّ مع اعتراف المالك لهذا الافراز لا ما توهمه الماتن بان يكون القسام متعدداً اذ لا احتياج الىٰ ذلك بعد كونه اميناً ويسمع قوله من دون بينه ويمين ولكن لما لم تكن امانته إلا من جهة الافراز فان الافراز لا يكون إلاّ بان المالك مقراً للتغلب علىٰ ماله والرد الذي كان شريكاً في ذلك ونتيجته تستلزم ان يكون فعل القاسم مورد الامضاء للمالك وامضاء المالك يستلزم ان تكون القسمة ممضيةً من الطرفين المالك والقسام ولا تكون القسمة ممضيةً من ناحية القسام وحده لان القسام لا بد وان يكون متعدداً فان هذا أجنبي عن كلام المحقق (قده) .

الفرع السادس : اذا عرفت ان القاسم يكون الامام قائماً به من جهة ان التصرفات الواردة علىٰ اموال الناس فلا يمكن إلاّ ان يكون متصرفاً في جميع الاموال ومنها لا يخلو من عيب أو قصر أو الممتنع وهذه التصرفات لا يمكن إلا ان تكون باذن من له الامر فيجب علىٰ ولي المسلمين ان يعين قاسماً يقسم بينهم فان تصرف كل أحد في مال كل احد حتىٰ في الموارد التي يكون الملاك بانفسهم حيث ان القسمة والافراز لا يستقيم إلا بذلك فيجب علىٰ ولي المسلمين تعيين ذلك وكان أمر عبدالله بن يحيىٰ من أجل ذلك فكان أمير المؤمنين (عليه السلام) يعينه لكونه هو الذي بوجوده كان النظام منتظماً وأمر الماتن في المقام عجيب فولاية القسمه بنحو ولايته علىٰ الماليات الثابتة للملاك ومن هو اولىٰ من النبي

....

والوصي وسائر من له الولاية في أمواله من الاولياء الاخيار وقد تقدم ان هذه الولاية ثابتة للفقهاء علىٰ التفصيل المتقدم مع قطع النظر عن تحقق مقدمات الحسبة على مبنى ثبوت الولاية العامة أو كونها من شؤون قضاة الجور والحكام وقد تقدم ان الفقيه له هذه الشؤون لكون حكمه ماضياً في الموضوعات مطلقاً وقد تقدم شرح هذه الجهات متقدماً.

نعم كان الفقيه مرجعاً في صورة الاحتياج الىٰ الاجبار ومع عدم تمكينه حتىٰ مع الاجبار يتصدىٰ هو بنفسه لولايته علىٰ المتمتع بمقتضى الادلة ولقد اشرنا إليه سابقاً علىٰ أي حال فلا اشكال ظاهراً في جواز تفويض القسمة لمن له ولاية القسمة أمرها الىٰ غيرها بنحو الوكالة واما بنحو تفويض أمر الولاية الىٰ غيره الصالحة للبقاء حتىٰ بعد موته فقد يشكل حتىٰ في أبن الامام أو النبي (صلوات الله عليه وعلىٰ آله) لاحتمال عدم قابلية المحل لمثل هذا المنصب . نعم لو صدر منهم (عليهم السلام) فلا بد من تصديقه لانهم لا ينطقون عن الهوىٰ ان هو إلاّ وحي يوحىٰ وانما للاشكال في صدوره منهم بهذه الكيفية ومجرد جعل مثل عبدالله قساماً لا بد له من التفويض بالنحو المزبور . نعم مع الشك في كيفية جعله (عليه السلام) ربما يستصحب حتىٰ بعد موته واما لو علم من فقيه تفويض هذا المعنىٰ بلا قصد توكيل ففي الاكتفاء بمثله اشكال لو لا استفادة الاذن المفيد لسلطنته علىٰ القسمة من انتسابه المزبور بالفحوىٰ كما هو الظاهر فالمرجع بعد موته استصحاب بقاء سلطنته بناء علىٰ ما هو التحقيق من حجية الاستصحاب حتىٰ في الشك في المقتضي وحينئذ فتشكيك الجواهر كونه بتفويض الولاية لا يثمر شيئاً بعد اجراء الاصل المزبور ويمكن ان يقال بان القسام ان عينه الامام أو الفقيه الجامع للشرائط تكون له الولاية علىٰ أموال الناس فلا بد وان يكون بالغاً عاقلاً ومؤمناً بالمعنىٰ

المسألة ٣) : أجرة القسام المنصوب من الحاكم من بيت المال وان لم يكن فعليهما كالمنصوب منهما وهي علىٰ السهام لا علي الرؤوس واذا استأجره احدهما فالاجرة عليه ولو استأجراه دفعه فالاجرة عليهما حسب ما قرراه من المساوات أو التفاوت ومع الاطلاق عليهما بحسب سهمهما . وان كانوا جماعة فبحسب سهامهم لا علىٰ الرؤوس فان مقتضى القاعدة كون الاجرة علىٰ العمل اذا كان مشتركا لا علىٰ الرؤوس ولو استأجراه متعاقباً فقد يتشكل في صحة الاجارة الثانية لانها قد وجبت عليه بالاجارة الاولىٰ فلا محل للثانية وربما يجاب بان صحة الاولىٰ موقوفه علىٰ رضا الشريك الآخر اذ لا يجوز التصرف في حقه الا برضاه ومعه كانهما استأجراه معاً فلا موقع للاجارة الثانية حتىٰ يرد الاشكال (وفيه) انه يمكن ان لا يتوقف التقسيم علىٰ التصرف في المال المشترك حتىٰ يحتاج الىٰ رضا الشريك وايضاً يمكن ان يكون القاسم مأذوناً من قبله في التصرف في ماله فلا يندفع الاشكال والتحقيق انه اذا اتحد عنوان الاجارتين لم تصح الثانية كأن يستأجره كل منهما علىٰ التقسيم وان كان العنوان متعدداً أصح كل منهما وان كان العمل واحداً كان يستأجره الاول علىٰ تمييز حقه من حق شريكه والآخر ايضاً كذلك فانه لا مانع منه وكذا الحال في كل ما كان من هذا

الاخص وعادلاً واما اذا عينه المالك قساماً لانه مسلط علىٰ ماله فلا تكون له هذه الشروط وانما لا بد وان يكون موثقاً في تقسيمه ويمكن ان يكون كافراً علىٰ ما تقدم التفصيل في ذلك .

القبيل كأن يستأجره أحد للمشي الىٰ مكه للحج ويستأجر الآخر للمشي إليها للخدمة وهكذا[١].

---

(١) في هذه المسألة فروع :

الفرع الاول : ان كان جعل القسام في زمن الحضور من قبل الامام أو الفقيه في زمن الغيبة بملاحظة النوعية فأجرته من بيت المال المعد لمصالح المسلمين بل له أخذ الاجرة من سهم سبيل الله واما مع عدمها فمع فرض احترام عمله فان كان جعله من قبل المالك لمصلحة راجعة الىٰ الملاّك فأجرته عليهم نظراً الىٰ كون جعل وليّهم لهم بمنزلة جعلهم الموجب للضمان عمله عليهم.

نعم لو كان جعله علىٰ نفسه لمصلحة راجعة الىٰ نفسه لا يبعد الالتزام بكون اجرته علىٰ الجاعل كسائر وكلائه الشخصييّن في أفعاله وتصرفاته ومجرد كون مصلحة عمله راجعة الىٰ الغير ايضاً لا يوجب الضمان ما لم يكن بجعله أو بجعل وليه من قبله كما هو الظاهر.

الفرع الثاني : لو أجر المالك قساماً في افراز ماله فان كان ذلك بعقد الشريكين فلا اشكال فتقسيم آخر به حينئذ عليهم في أجرته بالنسبة لسهامهم لأن مالية العمل باعتبار ماليته نتيجة في حق كل أحد بحسبه ولا يلاحظ في هذه الصورة وحده نسبة الىٰ الجميع بل وربما يكون أقل نصيباً بتعديل سهمه أسبق من غيره ربما يظهر من القواعد من احتمال التسوية في الاجرة منظور فيه خصوصاً في صورة استيعابه الأجرة جميع سهمه من المال اذ لا يظن الالتزام بمثله من أحد من دون احتياج الىٰ ما وجه به في الجواهر كي يرد عليه بان هذا الضرر جاء من قبل اقدام المتشاركين علىٰ اجارة القسام وإلا فلو اقدما بنفسهما علىٰ القسمة لا يلزم ضرر من قبل القسمة كي ينافي مشروعيتها لدفع الضرر.

الفرع الثالث : لو أجر كل من الشريكين قساماً واحداً بعقدين متعاقبين فان

(المسألة ٤) : لا يشترط في صحة القسمة ولا في لزومها الرضا بها بعدها بل يكفي الرضا السابق المقارن كما في سائر المعاملات سواء كانت بلا قرعة أو معها من غير فرق بين كونها اجبارية أوردية أو غيرهما ولا بين كون القاسم منصوباً من الامام عليه السلام أو الحاكم أو غيره ككونها منهما أو من وكيلهما أو أجيرهما لعدم الدليل عليه بعد وقوعها بالرضا المقارن ، وذهب بعضهم الىٰ اعتباره في غير صورة كون القاسم

كان القسام ولياً علىٰ الافراز من الطرفين وكان عقد الاول بعنوان ايجاد الافراز بقول مطلق فلا تصح إلاّ الاجارة الاولىٰ لصيرورة المستأجر الاول مالكاً لعمله فلا يبقىٰ مجال ومحل للاجارة الثانية .

واما لو كان متعلق العقد الاول هو حفظ وجود الافراز من قبله كما ان متعلق الثانية ايضاً حفظه من قبله نظير أجارة شخص لبيع داره وشخص آخر لشرائه مع كونهما جهتين لوجود واحد بلا تفكيك بينهما حقيقة وان اختلفا انشاءً فلا بأس بتصحيح العقدين غاية الامر لا ينتجان إلا تحقق معنىٰ واحد هو نتيجة الاجارتين ولو بنحو التعاقب هذا اذا كان القسام له الولاية علىٰ الافراز على القسمة .

فلو لم يكن القسام له الولاية علىٰ القسمة فانه لا تصح اجارة كل منهما إلاّ علىٰ حفظ وجوده من قبله وإلاّ فاجاره كل منهما علىٰ الحفظ مطلقاً فلا يكاد صحة مثلها من كل منهما لعدم قدرته علىٰ العمل إلاّ في ظرف صحة اجارة غيره والمفروض ان صحة اجارة الغير ايضاً منوطة بقدرته علىٰ العمل .

نعم لو استفيد من كل واحد من العقدين الاذن في تصرفه فيما هو في حيطه سلطنته ولو بالفحوىٰ ، فان قلنا بان القدره علىٰ العمل حين العقد شرط في صحة الاجارة فلا تصح الاجارة إلاّ الاجارة الثانية وان قلنا بان ما هو شرط في صحة الاجارة هو القدرة حين العمل كما هو الصحيح فلا تصح إلاّ الاجارة الاولىٰ .

منصوباً وبعضهم في غيرها وغير الاجبارية وبعضهم في خصوص الردية ولا وجه لشيء منها سوىٰ دعوىٰ أصالة بقاء الشركه بدون الرضا بعدها أو دعوىٰ كونها معاوضة وهما كما ترىٰ مع انه لا وجه للفرق بين القاسم المنصوب وغيره بل وبين الردية وغيره وكونها معاوضة لا يقتضي اعتبار الرضا بعدها بل يقتضي العدم كسائر المعاوضات[١].

---

(١) في هذه المسألة فروع :

الفرع الأول : بعد ان كانت القسمة عبارة عن الفسخ وانه أقرب لمعناه فهذه السلطنة علىٰ الفسخ انما تلائم بنفس عقد الشركة فلو كان عقد الشركة من العقود اللازمة فالفسخ لا يمكن إلاّ بالاقالة أو الرضا بينهما لأن عقد الشركة يكون لازماً ولزوم الشركة يقتضي ان لا يكون الرد وارداً عليه إلاّ بالرضا بذلك أو الاقالة التي تكون عبارة عن الرضا بالقسمة وهذا الرضا لا بد وان يكون قبل القسمة واما بعد القسمة فلا يكون مورد الرضا بذلك بأي نحو كانت القسمة لأن التصرف في مال الغير الذي يكون عبارة عن الشركاء فان الرضا بالقسمة انما يكون قبل القسمة واما بعد القسمة والافراز فلا يحتاج الىٰ الرضا بعد ذلك من جهة ان بعد القسمة يكون المال مفروزاً ، ويكون الذي فرز له أجنبياً عن الشركاء الآخرين ، هذا اذا كانت القسمة واردة علىٰ الشركة الحقيقية ، والشركات الحكمية فان القسمة لا بد وان تكون وارده علىٰ المال المشترك ، بحيث يكون المال المشترك وارداً على القسمة فلا بد وان يكون هناك رضاية في ورود القسمة عليه هذا في الشركة الحقيقية والشركات القهرية كالأرث وغيره من هذا القبيل .

واما الشركة الواقعية التي يقول بها المشهور من ان تكون الشركه حقوقية فان الشركاء انما يشتركان في السلطنة بحيث يكون لكل واحد من الشركاء يد ناقصة علىٰ المال المشترك بأجمعه وحينئذ لا يحتاج الىٰ الرضاية لا قبل القسمة ولا بعد

....

القسمة لأن الشركاء لهم اليد علىٰ المال ويتصرفون في المال المشترك ولكن هذه التصرفات لا بد وان لا تكون خلاف الامتنان علىٰ أي واحد من شركائهم فيكونوا الشركاء مفتوحي اليد علىٰ القسمه ، كما ذكرنا في ضمن الفروع فلا يكون الرضا قبل القسمة مطرحاً ولا بعد القسمة مطرحاً في هذه الموارد ، وهذه هي الشركة الحقوقية التي يكون المشهور حاكمين بها والروايات الواردة تكون علىٰ هذا المنوال .

وهناك شركة حقوقية يكون الشركاء الحقيقين بعد انعقاد الشركة وليس لهم سلطة علىٰ المال المشترك وانما تكون السلطنة للهيئة الاجتماعية التي يملكها الحقوقيين ويكون الحقيقين أجنبيين عن المال والتصرف في ذلك فلا بد وان تراعى مصلحة الشركاء الحقوقين كالشركات التي تملكها الدولة فان هذا النحو من الشركات ليس لهم القسمة إلاّ ان تكون مصلحه الشركة الحقوقية تقتضي ذلك وعلىٰ هذا فلا يكون رضاية الشركاء مورداً لهذه القسمة وتكون رضايتهم وعدم رضايتهم سيأن في هذه القسمة .

الفرع الثاني : فان القسمة لا تكاد تؤثر في مورد الشركات بانواعها اذا كان هناك افراز فاذا قسم القسام وافرز فان هناك انضاض واخراج عن الشركة الحصة المفروزة ، فلا اشكال انه يسيطر الشريك علىٰ ماله واما اذا وجد القسام ولكن المالك للحصة لم يفرز ماله المقسوم عن باقي الحصص تكون الشركة باقية وبقاء الشركة معناه ان تكون الحصص علىٰ منوالها السابق قبل القسمة فان في المضاربة انما كانت القسمة المتعقبة للانضاض وفي الشركة اذا ورد عليه القسام لا بد من الافراز فان قسم القاسم ولم يفرزه خارجاً بقيت الشركة علىٰ الحصص الموجودة .

الفرع الثالث : بعد ان كانت القسمة عبارة عن الافراز في قبال الجمع فان

....

القسمة قلنا بانه على هذا المعنى حصول مبادلة قهرية من دون ان تكون بين مراتب الملكية بل بتبعه ايضاً تصدق المبادلة بين المالين ايضاً ولكنه كما ذكرنا مراراً ان ايقاع النسبة لها لوازم وهذه اللوازم تكون مورد الانتزاعات فان قصد المعنى يسبب هذه اللوازم لانها بنفسها مقصوده ، ولا تكون هناك مصالحة لعدم انشاء تسالم في البين بل المقصود أولاً هو الافراز.

وعلى أي حال نقول انه بالفسخ أقرب من ان يكون عقداً فلا يشمل سببيته عموم أوفوا بالعقود كما انه ليس لدليل مشروعية القسمة بالمعنى المسبب اطلاق متكفل لحال مسببه بمعنى ان القسمة اذا وقعت من القاسم لا تكون مملكةً بصرف القسمة وانما يكون الافراز غير موجب لأنه يمكن للشريك التصرف في ما افرزه وانما يحتاج الى اخراج للحصص الموجودة الذي يكون المفروز أحدهم فنفس الافراز لا يكون موجباً إلا لتعين المال المفروز للشريك واما أخراج ذلك من مال الشركاء وفسخ ذلك يحتاج الى الانضاض والاخراج ففي نفس القسمة وحدها لا تكون موجباً لجواز التصرف في المال المشترك وانحناء الحصص من السلطنة الاجتماعية الى السلطنة الخصوصية والافراز وانما تكون القسمة والاخراج موجباً لأن تكون السلطنة الاجتماعية الى السلطنة الخصوصية فلا يكون لدليل القسمة اطلاق يتكفل لحال مسببه غاية الامر على مشروعيتها بلا اشكال ويظهر من قسم الخبر وجعله القسام عبدالله ، وحينئذ فلا اطلاق ولا عموم في البين كان متكفلاً لحال السبب فان السبب انما يكون هو السلطنة التي تكّون اطلاقه اذا لم يوجب خلاف الامتنان كما ذكرنا في أول الامركي يكون مرجعاً عند الشك في دخل شيء في سببها .

كما انه لا يتكفل لحال المسبب ايضاً فحينئذ ان تم بناء العقلاء على الاعتبار

(المسألة ٥) : الاقوىٰ عدم اعتبار القرعة في القسمة إلاّ اذا تنازعا في تعيين حصتيهما من غير فرق بين اقسامها خلافاً لجماعة ، بل قيل انه ظاهر الجميع وذلك لعدم الدليل علىٰ اعتبارها مع ان مقتضي عموم تسلط الناس علىٰ اموالهم وكونه عند شروطهم وصحة التجارة عن تراض صحتها ولزومها بدونها ، بل يمكن ان يستدل عليه بالاخبار الواردة في قسمة الديّن كخبر غياث « في رجلين بينهما مال بايديهما

بها في مورد علىٰ سببية شيء لها فيوجد به بمقدمات عدم الردع وإلاّ فلا بد من الرجوع الىٰ أصالة عدم تحقق القسمة كما في صورة عدم الانضاض في المضاربة وعدم التعديل في المقام أو عدم الاخراج فيه ايضاً ، وفي هذا المورد تكون القرعة وغير ذلك كما سيأتي التفصيل في مورده .

الفرع الرابع : بعد ان كانت القسمة رداً فان الرد انما يتحقق في صورة ان تكون النسبة متحققة وتحقق النسبة يقتضي ان يكون هناك لوازم تكون هذه اللوازم غير ايقاعية كما ذكرنا انفاً وانما يقتضي ان تكون نتيجة الرد واردةً عليه من دون ان يكون من يوقع النسبة ملتفتاً لذلك فنتيجة المبادلة يترتب عليه من دون ان يكون مقصوداً بالذات .

الفرع الخامس : ان القسمة وضعت للافراز ولا يكون رضاية المقسوم أو القاسم والمقسوم عليه دخيلاً في صحة القسمة وانما يكون ذلك من جهة ان السلطنة بعد ان كانت أمتنانية فلا بد وان لا يكون خلاف الامتنان لباقي الشركاء لا الرضاية الخارجية كما توهم فلو اراد احد الشركاء القسمة ولكن أوجب خلاف الامتنان لباقي الشركاء لا تصح القسمة حتىٰ ولو رضي باقي الشركاء علىٰ هذه القسمة فانها لا تصح القسمة في هذه الشركة كما لا تصح القرعة اصلاً فالمدار هو ان القسمه لا بد وان تكون موجبةً للامتنان لباقي الشركاء حتىٰ تصح القسمة .

ومنه غائب عنهما اقتسما ما في ايديهما واحال كل واحد منهما نصيبه فاقتضىٰ أحدهما ولم يقتض الآخر قال عليه السلام : ما أقتضىٰ احدهما فهو بينهما وما يذهب فهو منهما » وبمضمونه جملة أخرىٰ فان ظاهرها صحة قسمة ما بايدهُما مع عدم القرعة ، ودعوىٰ أحتمال كون القرعة داخلة في حقيقة القسمة بحيث لا يصدق اسمها بدونها ، كما ترىٰ ، وذكر في الجواهر في تقريب شرطية القرعة ما ملخصة « ان مقتضي تعريف القسمة بانها تمييز الحقوق كون حصة الشريك كلّياً دائراً بين مصاديق متعددة فيكون محلاً للقرعه اذ هي حينئذ لأخراج المشتبه وتعيين مالكل منهما من المصداق واقعاً فتكشف حينئذ عن كون حقه في الواقع ذلك بل لو لا الاجماع أمكن ان يقال : ان المراد من اشاعة الشركه دوران حق الشريك بين مصاديقه لا كون كل جزء يفرض مشتركاً بينهما ، وإلاّ لاءشكل في الجزء الذي لا يتجزى واشكل قسمة الوقف من الطلق لاستلزامه صيرورة بعض اجزاء الوقف طلقاً وبعض الطلق وقفاً ولزم ايضاً عدم اشتراط تعديل السهام لعدم المانع من تعويض الاقل بالأكثر مع الرضا مع ان التعديل معتبر فيها وفاقدة ليس من القسمة شرعاً قطعاً . « قلت » لا يخفىٰ ما فيه من سوء البيان والمصادره مع كون المراد من الاشاعة ما ذكره باطل قطعاً اذ عليه ترجع الىٰ الكلّي في المعين والفرق بينهما في غاية الوضوح[1] .

---

(١) في هذه المسألة فروع :

الفرع الأول : شرّعة القرعة في الموارد التي لا تكون للحق بعد ان كان متعيناً

. . . .

واقعاً غير متميز في الظاهر للشركاء اذ الشركة الواقعية الحقيقية علىٰ مبنانا يكون الشركاء حصصهم متعينة ولكن لما كان كل الشركاء لهم ايادي علىٰ هذه الحصص ولكن لما لم تكن متميزة تكون القرعة لتمييز الحصص وحيث ان تمييز الحصص غير متعين واقعاً من جهة الشركة الاشاعية تكون القرعة موضوعةً لهذا المعنىٰ ويكون لدليل القرعة ومن المعلوم ان الاصحاب لم يعملوا باطلاق أدلة القرعة ، ومن المعروف انه يمكن الأخذ بالقرعة في الموارد التي عمل بها المشهور هذه الموارد التي كانت الملكية معلومة ولكن تمييز الملك غير معلوم وتكون القرعة مميزةً للملك المعلوم .

الفرع الثاني: في الشركة الاشاعية والشركات القهرية والشركات الأرثية كلها يكون الملك معلوماً وفي الشركة الحقيقية الواقعية فلا تكون القسمة إلاّ معينة للتمليك الموجود بمفاد كونه ناقصاً فيكون الملك غير مفروز وانما تكون بالقسمة افراز لملك المالك الذي له اليد الناقصة علىٰ ملكه فيفرز المال الذي يكون مالكه معلوم فلا تكون القسمة مملكةً حتىٰ تحتاج الىٰ هذه التوجيهات ، والقرعة انما تكون لافراز المال الذي له مالك معين هذا علىٰ مبنانا في الشركة الحقيقية الواقعية التي هي الشركة في السلطنة والايادي لكل واحد من الشركاء .

واما علىٰ مبنى صاحب الجواهر الذي يقول بالاختلاط يوجب الشركة أي بشرط الاختلاط ، ففي هذا المقام بعد ان كانت هذه الشركة توجب ان تكون بالشركة انكاراً للتملك لأي واحد من الشركاء بعد ان كان كل واحد من الشركاء سلطاناً لمالهم حقيقة وبعد الاشتراك مع الغير واختلاط مالهم مع الغير لا يملكون إلاّ الاحد المبهم والاحد المبهم لا يعتبره العقلاء مورداً لسلطنتهم فبعد الاختلاط لا يملكون لمالهم بهذه الشركة لأن العقلاء لا يرون تملك المبهم وفي هذا المقام

. . . .

وفي هذا المورد لا يكون أي واحد من الشركاء مالكين لشيء بعد شركتهم فلا بد وان يكون هناك قسمة معينة لما يملكه الشريك فتكون الشركه عقداً ناقلاً اذ قبل القسمة لا يكون أي واحد من الشركاء مالكاً لشيء بعد الشرُكة وانما تكون الشركة مملكةً لحصته ولولاه لا يكون هناك تمليك لهذه الحصة الذي كان مالكاً لها قبل الشركة ويكون صاحب الجواهر في الأخذ بالقسمة من هذه الناحية لا من نواحي أخرىٰ التي تعرض لها الماتن فعلىٰ مبنىٰ صاحب الجواهر انما يحتاج الىٰ القسمة لكون أصل حصة كل واحد من الشركاء بعد الاشتراك مبهماً والملكية المبهمة لا يرونها العقلاء فلا بد من القرعة لأن تكون القرعة معينة فان كلام صاحب الجواهر صريح بان القسمة انما تعين الحق الموجود من دون ان يكون موجوداً قبل القسمة ، فالقسمة انما تعين الواقع الغير معلوم لولاه وذلك انما يكون في مورد الشركة التي يكون ماله بعد وجود الاختلاط في الشركه هو ابهام الملكية وما يكون الملك مبهماً لا تكون ملكية معينة فالقسمة انما تعين ذلك المبهم ولولاه لم يكن للشركة ملكية مملكه بعد شرطية الاختلاط فيه علىٰ مبنىٰ صاحب الجواهر وقد بينا بان القسمة انما تكون من الجهات المعينة للقسمه اذ بدون القرعة لا تتحقق القسمة اصلاً لان الشركة التي قال بها صاحب الجواهر تحتاج الىٰ القسمة وبعد احتياجها للقسمة لا يمكن القسمة إلاّ بالقرعة وذلك لان الفرد المبهم لا يمكن تملكه إلاّ بالتعيين حتىٰ يرونه العقلاء ملكاً ومالكية الشركة الاختلاطية لا يمكن إلاّ بالقسمة والقسمة في الملكية المبهمة لا يمكن إلاّ بالقرعة حتىٰ يعتبروه العقلاء ملكاً فلهذا حكم صاحب الجواهر بلزوم القرعة والشاهد علىٰ ذلك ترىٰ صاحب الجواهر يرىٰ الملكية في المال المشترك بعد تعديلها متعيناً بالقرعه وذلك لان بدون القرعة لا يكون هناك ملك للمساهمين فكبرىٰ الملكية موجودة واما تعيين

. . . .

المتملكين لا يكون إلاّ بالقرعة فذلك نتيجة المبنىٰ كما صار إليه صاحب الجواهر وكل من يرىٰ الشركه علىٰ خلاف المشهور الذي يرونه عبارة عن السلطنة لا الملكية .

واما المشهور فايضاً يرون القسمة معتبرةً فيها القرعة ولكن المشهور حيث يرون الشركة في السلطنة والملكية لا في المملوكية فيرىٰ الشريك له حصة من اليد علىٰ الشركة وحينئذ تكون الملكية مسلّمة وانما القرعة انما أريدت لتمييز اليد الموجودة علىٰ المال المشترك فتكون القرعة للتمييز وصاحب الجواهر انما يرىٰ القرعة للتمليك فهذا هو الفرق بين المبنيين .

الفرع الثالث : لقد نسىٰ الماتن مبنىٰ صاحب الجواهر في الشركة وان صاحب الجواهر انما قال بالاختلاط وقلنا في مورده ان صاحب الجواهر اما ان ينكر الملكية في الشركة واما ان يقول بالكلي في المعين وقد ذكرنا في ذلك المقام ان المشهور انما يرون الشركة في قبال الكلي في المعين والقول بالاختلاط اذا لم يرد فيه انكار الملكية فلا بد وان يقول بالكلي في المعين الذي حكم به نفس الماتن فما الذي دعاه في المقام الىٰ انكاره .

وقد قال في المسألة الاولىٰ من هذا الكتاب بان من اقسام الشركة هو الكلي في المعين اذ هو يرجع الىٰ الشركة وقد اجبنا عنه في ذلك المقام بان الشركة لا تستقيم في الكلي في المعين لما مرَّ. وأعجب من ذلك كأنه قد نسىٰ ان صاحب الجواهر يقول بان الشركة اذا لم يتعقبها الاختلاط لا تكون شركة وتعقيب الشركة للاختلاط يوجب ان يكون الملاك لا يملكون إلاّ الفرد المردد والفرد المردد لا يكون قابلاً للتملك ؛ فلهذا حكم في المقام بانه لو لم تكن القرعة كان المقام من القسمة مبرزة للملكية بعد ان كانت الملكية غير مبرزة وانما يكون عدم الملكية

(المسألة ٦) : اذا طلب أحد الشريكين القسمة وجب علىٰ الآخر اجابته مع عدم الضرر ومع امتناعه يجبر عليها ، والمناط في الضرر نقص القيمة فاحشاً بحيث يصدق عُرفاً انها ضرر عليه فيشمله

وبالقسمة تبرز الملكية التي كانت مبهمة هذا مصير صاحب الجواهر وتبعه الماتن ولكن متابعه الماتن لا بملاحظة رأي صاحب الجواهر والحال ان القسمة لا تمكن بدون القرعة علىٰ رأيه ولا بد علىٰ مبنى الماتن ان يقول بلزوم القسمة في ايجابه للقرعة بمعنىٰ ان المبنىٰ الذي قال به صاحب الجواهر وتبعه الماتن والذي قال في الشركة بانه بالماهية الثالثة لا بد وان يقول بان القسمة لا تستقيم إلاّ بالقرعة .

الفرع الرابع : انه بناءً علىٰ الاختلاط ومعناه الشركة في المملوكية لا في الملكية والشركة في المملوكية معناها ان لا يكون المشتركين مالكين معينيّن في الشركة فكلهم مالكين للمجموع ولكن لا يكونون مالكين لمعين فقرار ملكيتهم لا تكون إلا بالصلح القهري أو القسمة ، والقسمه لا يمكن أن تكون إلا بالقرعة لأن المالكين لكلي التملك معلوم واما الحصص الموجودة فلا يمكن الاختصاص لبعضهم دون البعض وحينئذ لا تتميز حصصهم إلا بالقسمة وهذا الافراز لا يتحقق إلا بالقرعة فمن هذا المجال قال صاحب الجواهر بانه مالكين للكلي للملكية ولكن حصصهم لا تفرز إلا بالقرعة ، لا مأتوهمه الماتن فلهذا حكم بانه لو كانت القرعة غير معتبرة توجب ان تكون الملكية واصلة الىٰ الجزء الذي لا يتجزأ لأن الملكية المبهمة كانت الملكية موجودة ولكن الحصص دائرة بين الكلي الغير معين ومنه يعرف ان تكون جميع الاجزاء يملكها الشركاء ولكن ليس لهم علىٰ ملكهم إلا بنحو الابهام والمملوكية المبهمة تتعين إلا بالقرعه وإلا فليس هناك ما يعينه ، والعقلاء ايضاً لا يعتبرون الملكية المبهمة ملكاً هذا شأن الاختلاط بين المملكين الذي صار إليه صاحب الجواهر وتبعه الماتن في الشركة .

عمومات نفي الضرر، وقيل المناط الخروج عن الانتفاع بالمرة ولا وجه له كما لا وجه للقول بان المناط نقصان الانتفاع به عما كان سابقاً ولو كان الضرر غير نقص القيمة أو المنفعة فهل يكفي في عدم الاجبار أم لا الظاهر كفايته اذا كان في القسمة بما هي قسمة، واما اذا كان خارجياً فلا وان كان بسبب القسمة، كما اذا كان شريكه من لا يقدر احد عليه واذ استقل هو بحصته يتمكن الغاصب من غصب ماله مثلاً واذا كان ترك القسمة ايضاً ضرراً على الطالب لها يلاحظ أكثر الضررين كما في سائر المقامات، ومع التساوي يبقىٰ عموم الناس ولو كان الضرر علىٰ من يطلب القسمة لم يمنع من وجوب اجابته إلا اذا كان بحيث يخرج عن الماليّة فانّها سفه وتضييع للمال إلاّ ان يكون هناك غرض عقلائي[١].

---

(١) هنا فروع لا بد من ذكرها.

الفرع الأول: ذكرنا في المسائل المتقدمة جميع هذه الموارد اذ بعد ان قلنا بان القسمة انما تكون بالجعل من قبل رسول الله صلّىٰ الله عليه وآله وسلّم وتكون حكاية عن ان السلطنة للملاك امتنانية وامتنانية السلطنة توجب ان لا يكون لدليل الملكية للشركاء اطلاق يقتضي خلاف الامتنان لباقي الشركاء في تصرفاتهم وفي حصص المشتركين مع الشركاء ولا نحتاج الىٰ أدلة لا ضرر أصلاً طبق الموازين المستجده التي قلنا بها، وعلىٰ هذا فلا يكون الضرر في المقام وارداً مضافاً لما قلنا بان لا ضرر لا يكون لها عموم لهذه الموارد الخاصة بالتفصيل المتقدم في لا ضرر.

وعلىٰ هذا فان سلطنة الشركاء علىٰ حصصهم امتنانية وامتنانية الملكية للشركاء في حصصهم توجب ان يكون كل شريك اراد القسمة لا بد للشركاء من استجابة ذلك فتكون القسمه ملزمة للشركاء في ذلك لأن كل شريك لا يكون

....

لسلطنته اطلاق علىٰ ملكه بحيث يمكن له الامتناع عن القسمة اذ اراد الشريك ذلك .

الفرع الثاني : بعد ان كان لزوم الانحياز للقسمة علىٰ كل واحد من الشركاء متىٰ ما اراد ذلك فاذا اراد احدهم القسمة فالشركاء لا يملكون مالهم في هذه الموارد حتىٰ يمكن لهم الامتناع لأنه واجب تكليفي كما ذكرهُ الماتن بل لا يملك ماله لهذه الحيثية حتىٰ يكون له الامتناع أو الاذعان له فتكون سلطنة الشريك الذي اراد القسمة سلطنة لها الاطلاق والشريك الممتنع ليس له هذه السلطنة فتكون له القسمة ولو كان الشريك ممتنعاً لانه لا يملك حصته في هذه الحيثية فالمريد للتقسيم يقسم ماله عن مال شريكه من دون ان يكون صاحب المال الشريك يمكن الامتناع عنه .

الفرع الثالث : اذ اراد احد من الشركاء القسمة ولم تكن قسمته موجبة للضرر علىٰ الغير من شركائه بمعنىٰ لم يكن خلاف الامتنان لباقي الشركاء فتكون باختياره القسمة رضوا باقي الشركاء في ذلك أم لم يكونوا راضين بذلك لما قلنا بان سلطنة الشريك علىٰ ماله في الشركه أرفاقيه لجميع الاطراف المشتركين فاذاكانت الملكية أرفاقية فكل واحد من الشركاء اراد القسمة يمكن ان يطلب ذلك وطلبه لذلك لا يمكن للطرف الآخر منعه إلا اذاكانت موجبة لخلاف الارفاق علىٰ الباقين وحينئذ لوكانت القسمة خلاف الارفاق للباقين ففي هذا المجال لا سلطنة للشريك ان يطلب بالقسمة وان قسموا جبراً لا يكون نافذاً لان الشريك لا تكون له السلطنة علىٰ حصته لو كانت القسمة خلاف الارفاق للشركاء الآخرين واذا جبر الشريك علىٰ القسمة تكون القسمة باطلة وتكون الشركة علىٰ منواله الاصلي قبل القسمة باطلة .

. . . .

الفرع الرابع : لا اشكال في ان القسمة لو كان وجودها موجباً للضرر علىٰ أي واحد من الشركاء لا يمكن تقسيمه وتكون القسمة علىٰ فرض وجودها باطلة وحينئذ لو كان وجود القسمة بضرر واحد من الشركاء فان امكن تداركه ، فيكون بعد التدارك من الشريك الذي يطلب القسمة موجباً لجواز القسمه له واما قبل ان يتدارك الضرر فلا تكون له السلطنة علىٰ هذا الافراز فلا بد وان يكون الضرر متداركاً حتىٰ يمكن القسمة وإلا فلا يكون الشريك المريد للقسمة له السلطنة علىٰ ذلك .

الفرع الخامس : فان الضرر تارة يكون مالياً وتارة تكون أعتبارياً وتارة يكون عرضياً وتارة يكون اخلاقياً ، ولكل هذه الاضرار مدخلية في القسمة اذ المناط لما لم يكن هناك الضرر الوارد علىٰ الشركاء بل كان هناك تزاحماً بين السلطنتين فقهراً تتسع دائرة المتزاحمات فان كانت هناك شركة وارد واحد من الشركاء افراز ماله عن مال غيره فلا بد وان يراعي المزاحمات فلو كانت قسمته موجبةً لاءن يكون مضراً باعتبار الشركاء من دون ان يكون موجباً للنقص في المالية فليس السلطنة علىٰ القسمة ولو أجبر الشركاء علىٰ هذه القسمة لا يكون نافذاً وذلك لأن الضرر انما يكون امتنانياً وارفاقياً والضرر يكون شاملاً حتىٰ الضرر الاعتباري وعلىٰ هذا ففي هذا المورد لما كان موجباً للضرر الاعتباري فيكون مشمولاً للضرر فتكون هذه القاعدة مانعةً لوجود السلطنة للشريك في قسمة ماله عن باقي الشركاء فليس له السلطنه علىٰ الافراز ولو أفرز بالجبر لم يكن نافذاً وتكون الشركة باقية ولذلك فان الشريك لو اراد الافراز وافرزه يوجب هتك عرض احد الشركاء ولا يكون الشريك مسلطاً علىٰ افراز حصته عن باقي الشركاء لان سلطنة الشريك علىٰ حصته تكون أرفاقيةً وسلطنة الطرف علىٰ عرضه ايضاً تكون أرفاقيةً فاذا وكان التصرف في ماله موجباً لنقض سلطنة الشريك علىٰ عرضه فلا تكون سلطنة الشريك علىٰ حصته

. . . .

غير مطلقة ولا تشمل المقام الذي يزاحم عرض الغير فلو ان الشريك الذي اراد القسمة بقسمته يجب ان يكون الشريك ينهتك عرضه لانه ليس له دار يحفظ عرضه فلا يكون للشريك السلطنة علىٰ القسمة وكذلك بهذا عرفت ان المورد لا يكون المناط فيه الضرر أو الخروج عن الانتفاع .

الفرع السادس : بعد ما عرفت ان السلطنة الموجودة للشركاء كلها أرفاقية وحينئذ انما يزاحم السلطنة واما مع وجود السلطنة فنقصان الانتفاع مع وجود أصل السلطنة لا يكون هناك تزاحماً بينهما .

وعلىٰ هذا فلو كانت القسمة موجبة لنقصان القيمة وعدم الرغبة في مال باقي الشركاء لا يكون هناك مانعاً عن تحقق القسمة في الذي يريد القسمة فلا تمتنع القسمة للشريك في ذلك فلو اراد القسمة وقسمه الشريك في ذلك يوجب ان تكون حصة باقي الشركاء قليلة الجدوىٰ ووجودهم لا يكون مانعاً للتقسيم من ناحية السلطنة التي لا تعارض سلطنة الشريك ، نعم لو كان الضرر اعتبارياً بمعنىٰ ما قلنا به من انه لو قسم الشريك حصته عن باقي الشركاء يوجب ان حصة الشركاء لا يرغب فيها الناس لخروج هذه الحصة من الشركاء عن باقي الحصص ففي هذا المجال يكون الشركاء فيهم الملكية توجب الضرر الاعتباري لمالهم ومهما أوجب مثل هذا الضرر يتزاحم مع دليل السلطنة علىٰ الحصة .

ومن الواضح ان التقسيم لو أوجب هذا الضرر علىٰ المالكين لباقي المساهمين يوجب ان يكون الضرر الارفاقي ما عن اطلاق دليل السلطنة وبذلك يمنع عن امكان التقسيم للذي يريد تقسيم حصته ولو كان هذا الضرر عبارة عن عدم رغبة الناس بهذه السلعة بعد التقسيم ومن هنا تعرف انه لو قسم الشريك حصته عن باقي الحصص لا يكون موجباً لعدم رغبة الناس للحصص الموجودة

....

ولا يكون موجباً لضرر باقي الشركاء مالياً ولكن لو قسم وخرج هذا الشريك عن باقي الشركاء تكون حصص باقي الشركاء في معرض الغصب مثلاً كما مثل به الماتن فان هذا لا يكون ضرر فعلىٰ مثل هذه الشركة والضرر الوارد علىٰ الشريك انما يتحقق بعد التقسيم فلا يكون من ناحية التقسيم فلا يكون هذا الضرر موجباً لعدم صحه التقسيم ويكون التقسيم باقياً بصحته ولا يكون المقام مقام تعارض الضررين لان الضرر الوارد علىٰ المال يكون عند العرف ضرر أو اما انه لو قسم ماله عن شريكه يوجب ان يكون معرضاً للغصب في مال شريكه فهذا يكون بعد خروج المال بالتقسيم فلا يكون هذا ضرراً يجب التدارج وحينئذ لا بد وان يراعي مريد التقسيم بان خروجه وافراز ماله يكون نافعاً له أو ان البقاء علىٰ الشركة يكون انفع له وحينئذ لا بد وان يراعي نفسه ففي هذا المجال لا بد من ملاحظة جهات أخرىٰ سنتعرض لها .

الفرع السابع : اذا كان شريك بالحصص مع باقي الشركاء وكان البقاء علىٰ شركته ضرر عليه وكان الافراز عن باقي الشركاء ايضاً ضرر عليه فالقاعدة التي تقتضيه في المقام ان لا ضرر لما كانت أرفاقية ودليل السلطنة لما كانت أرفاقية ففي مورد الاجتماع في الاطلاقين غير شامل للمورد فلا يكون الضرر شاملاً للمقام ولا دليل السلطنه علىٰ القسمة شاملاً للمقام فمعناه انه يبقىٰ علىٰ شركته حتىٰ يرتفع التزاحم وما قاله الماتن في المقام بالاخذ باقل الضررين فذلك عجيب لا في أقل الضررين ولا في أكثر الضررين لأن السلطنه غير شاملة للمقام بعد ذلك فكيف يوخذ بها .

الفرع الثامن : فان المطالب للقسمة اذا كان البقاء علىٰ الشركة ضرراً عليه والقسمة ايضاً تكون ضرراً عليه ففي هذا المقام بعد ان كانت أدلة لا ضرر أرفاقيةً

. . . .

وكذلك أدلة السلطنة ايضاً أرفاقيةً ففي مورد التزاحم يكون الاطلاقان قاصران لشمول مورد التزاحم فلا يكونا شاملان لذلك المورد ولا تكون هناك سلطنة علىٰ الافراز كذلك لا يكون دليل السلطنة شاملاً لذلك المقام ففي هذا المورد لنا بيان آخر وهو ان العمومات تكون مطلقة ولكن قصورها لا يبلغ بمورد يكون نصاً في ظهورها وكذلك في المقام فان الضرر ارفاقي والسلطنة ايضاً ارفاقية ولكن هذا الارفاق لا يكون بحد يوجب رفع اليد عن نص الاطلاق وحيث ان المورد يكون البقاء علىٰ الشركة ضرراً عليه والافراز أيضاً ضرر عليه فان أرفاقية الضرر تكون لها اطلاق ولكن اذا كان موجباً لتلف المال فلا يكون هذا الاطلاق قاصراً عن الشمول لهذا المورد وكذلك السلطنة الارفاقية ، ولكن هذا الارفاق يكون قاصراً لشمول المورد الذي اذا لم يأخذ باطلاق دليل السلطنة يوجب خروجه عن المالية ، ففي هذا المورد لا يكون دليل الارفاق شاملاً له وكذلك الضرر وان كان أرفاقياً ولكن أرفاقيته لا تقتضي في مورد يكون عدم الأخذ به موجباً للخروج عن المالية وعلىٰ هذا فلا يكون اطلاق أرفاقية الضرر شاملاً له وكذلك دليل أرفاقية السلطنه لا يكون شاملاً له فيجوز له القسمة صوناً للخروج عن المالية أو هناك غرض عقلائي لهذه المهمة في الشركة .

الفرع التاسع : ان الجزء الذي لا يتجزء وان كان صحيحاً في مورده ولكن لا ربط له في المقام لأن علىٰ مبنىٰ صاحب الجواهر ومقلديه من المعاصرين ان مصير الجزء الذي لا يتجزء انما يتصور في الاشتراك بالاختلاط ، واما في الشركة الحقوقية التي قلنا بها تبعاً للمحقق فان الشركة انما تكون في الملكية والسلطنة وهو أمر ذهني لا يتصور فيه الجزء الذي لا يتجزء وهو الذي قلنا به بان الشركة بشرط الاختلاط وهو معنىٰ المبهم الذي لا يكون بنظر العرف قابلاً للتملك وقد

. . . .

تفطن صاحب الجواهر الىٰ ذلك وقـال بـالملكية الكـلي فـي المـعين وقلنـا بـان المشهور انما يقولون بذلك في قبال الشركة وهناك شركه اشاعية وهناك كلي في المعين من دون ان يكون بينهما نحو اشتراك في الحكم فالجزء الذي لا يتجزء غير مربوط في المقام اصلاً.

(**المسألة ٧**) : القسمة امّا أن تكون بنحو الاقرار كما في المثليات من الحبوب والأدهان من نوع واحد ، وامّا ان تكون بالتعديل كما في القيميات من نوع واحد أو أنواع كالدور والدكاكين والعبيد ونحوها ، واما ان تكون بالرد بضم شيء إلىٰ أحد الطرفين من الخارج ؛ قالوا : ان الأولىٰ يجبر عليها وكذا الثانية إن لم يكن ضرر ، وامّا الثالثة فلا يجبر عليها لأنّها متضمنة للمعاوضة ، والأقوىٰ انّ المدار في الجميع علىٰ الضرر وعدمه ؛ ودعوىٰ الفرق بين قسمة الرد وغيرها وكونها متضمنة للمعاوضة دون غيرها ممنوعة ؛ نعم تستلزم التعاوض كغيرها فما في المسالك من اعتبار اجراء صيغة الصلح أو غيره بالنسبة إلىٰ مقدار الرد ولولاها جرىٰ عليه حكم المعاطات من عدم اللزوم إلاّ بعد التصرف لاوجه له ، ثم لا فرق في صحة قسمة التعديل والاجبار عليها مع عدم الضرر في الاجناس المختلفة بعضها في بعض بين كونها بسبب متحد وبين كونها باسباب مختلفة بان يكون بعضها بالأرث وبعضها بالصلح أو الهبة أو البيع ونحو ذلك ، لصدق الاشتراك فيها علىٰ وجه الاشاعة ، لكن في الجواهر اشتراط اتحاد السبب وانّه لا موضوع للقسمة فيما آحاده مشتركة بأسباب مستقلة من دون شركة مجموعة لأنّ لكل الشريكين النصف من كل منهما مثلاً لا نصف المجموع ، ولا يجب عليه معاوضة ما يستحقه في أحدهما بمال شريكه في الآخر ، بخلاف ما لو كانت الشركة بسبب واحد في المجموع فانّه يصدق انّ لكل منهما نصف المجموع « وفيه » منع عدم الصدق فلا وجه للاشتراط المذكور نعم يشترط فيه عدم امكان قسمة الافراز في كل من تلك الاجناس وإلاّ قدم

الافراز على التعديل (١).

---

(١) في هذه المسألة عدة فروع :

الفرع الأول : لقد قلنا بان ماهية القسمة عبارة عن اعتبار مخصوص من منشأ مخصوص وذلك بان مفرّز الملكية في قبال الشركة التي تكون عبارة عن اجتماع الملكية فاذا كانت القسمة عبارة عن ذلك فان الملكية أمر اعتباري ذهني يمكن ان يكون له منطبق في الخارج ويمكن ان لا يكون منطبقاً في الخارج ، ومن المعلوم ان افراز الملكية لا افراز المملوكية ، وهذا الافراز وارداً على الملكية فاليد الموجودة للشركاء واردة على حصتهم في الملكية فلو اراد الافراز بحقيقته هو الذي كان قد ورد في خبر غياث وأخويه فان قولهم لك ما عندك ولي ما عندي انما يكون حقيقة الافراز في المالكية للمنطبق عليه فان قولهم لك ما عندك ولي ما عندي يكون انشاء للقسمة ونطباقاً لهذه القسمة على الخارج فلا فرق بين كونه مثلياً أو قيمياً اذ اطلاق ذلك يكون شاملاً لكل واحد من المنطبق عليه .

الفرع الثاني : بعد ظهور الادلة على ان القسمة انما ترد على السلطنة ولاملكية على المملوك فلا يكاد الفرق بين القسمة بانواعها لأن الفرق انما يكون في ما اذا كانت القسمة واردةً على المملوكية من الاحتياج الى التعديل وكون القسمة رديّة أو كانت القسمة في القيميات لأن بعد انشاء القسمة لا بد وان تكون بنحو التعديل بنحو يكون بنفس القسمة يكون معدلاً وذلك لأن شرطية التعديل انما تكون مؤثرةً لأمر الشركة وحيث قلنا بان الشركة انما تتحقق في الملكية لا في المملوكية ، فلا يكون هناك تعديل مؤثراً في القسمة لأن الشركاء على هذا المبنى انما تكون لهم اليد على حصصهم فتكون اليد الموجودة موجبةً لان يتعدل المال المشترك بينهم وهذه اليد التي تكون امارة على الملكية تكون امتنانية وامتنانية اليد توجب ان تكون متصرفاً لما كان له السلطنة على ذلك ، فذلك تعديل من دون

. . . .

ان يكون هناك معدل للتقسيم وكذلك ذهب الشيخ الاعظم الانصاري (قده) بعدم لزوم التعديل فيكتفي بعدد واحد ، واما علىٰ المبنىٰ الذي قال به صاحب الجواهر في الشركة بان الشركة الحقيقية عبارة عن اجراء العقد بشرط اختلاط المال بين الشركاء فان في ذلك لما لم يكن الشركاء مالكين للاموال بعد الاشتراك وانما يملكون المبهم فلا تكون الحصص مشتركة في الايادي الموجودة ، فلا محالة يحتاج الىٰ التعديل حتىٰ يكون بالتعديل معيناً لما يملكانه كما قلنا بالاحتياج الىٰ القرعه كما سبق حيث ان الحصص بعد تحقق الشركة غير معينه فلا أشكال في لزوم التعديل ثم القسم كما هو كذلك في الشركات القهرية والأرث أيضاً غير الشركة في العقود التي تكون علىٰ مبنانا دون مبنىٰ صاحب الجواهر (قدس سره) .

الفرع الثالث : اذا كان الشركاء في الدور والد كاكين والعبيد فان شركه الشركاء في هذه الامور لا أشكال فيها ، اذ علىٰ مبنانا يكون الشركاء لهم السلطنة علىٰ هذه الاموال وتتعقب اليد الموجودة علىٰ هذه السلطنة اليد الموجودة لهم في ذلك فتكون الحصص كلها متعادلة ، فلا يحتاج الىٰ التعديل فان القسمة معدله ، ولا فرق بين كون الشركة في مثل الحبوبات أو الادهان أو غير ذلك من الاملاك فان الشركه الحقيقية تكون متعادلة تلقائياً فشرط التعادل لاوجه له ، الا علىٰ مبنىٰ صاحب الجواهر ومقلديه من المعاصرين .

الفرع الرابع : ان الافراز في كل مورد يستلزم التبادل ولكن هذا الاستلزام لا يوجب ان يكون داخلاً في العقود وان كان الافراز ايضاً يوجب التسالم ، وهذه اللوازم الموجبة لنفس الافراز لا تكون داخلة في عقد المصالحة كما توهمه المسالك ، وكذا ذكره الشيخ الطوسي وقد قالوا ان كان الافراز موجباً لأستلزامه التبادل فان القسمه بعد التعديل قد تحتاج الىٰ ضم شيء آخر إليها لان تكون

....

متعادلة مع قسمة شريكه . ولكن كل هذا توهم فاسد مما قلنا بانه لا يحتاج الىٰ التعديل حتىٰ يكون التعديل محتاجاً الىٰ التعديل ومحتاجاً الىٰ ضم شيء له ، وبعبارة واضحة مفصلة ان الشركة لو كانت عبارة عن اختلاط الاموال وكانت الاموال مختلطة لا تمييز بينهما واراد القسمة لو مات المورث وترك للورثة حنطة كثيرة فان هذه الاموال مشتركة قهراً واعُطيَّ للولد عشرين منّاً من الحنطة واعُطيَّ للولد الآخر عشرين منّاً من الشعير وكان التعديل متسالماً بين الحنطة والشعير من حيث القيمة وبعد ان كانت القسمة متعادلة من حيث القسمة ، ولكن لما كان التعديل بالقيمة فلا اشكال ان يكون هناك معاوضة تقع بينهما ووقوع المعاوضة بينهما توجب ان يكون عشرين منّاً من الحنطة يساوي أربعين منّاً من الشعير وتكون هذه القسمة موجبةً للمعاوضة بين الجنس الواحد لان الغلات تكون من جنس واحد ، فان قلنا بان هناك معاوضة في القسمة فقهراً يكون مورداً لكون القسمة موجبةً للربا بين في البين لأن القسمة وان كانت في نفسها معاوضة إلا انها مستلزمة لها ولكن قد تقدم في ما سبق ان القسمة في نفسها لا تكون مبادلة بين المالين ولكن لازم القسمة يكون هو التبادل ولا يكون عقداً حتىٰ يكون مستلزماً للربا ولا يختص بالبيع بل يجري في كل العقود لأن في هذا المورد لا يكون عقداً حتىٰ يكون جارياً فيه الربا وكذلك لو كانت الزيادة جارية في الشركة علىٰ مبنىٰ صاحب الجواهر لو كان لأحد جرة من الزيت تساوي درهمين بجرة من الزيت تساوي درهماً لشخص آخر مثلاً بحيث صار بالامتزاج مشتركين في هذا الزيت واختلط أو كانا شريكين في ذلك اذ بعد الاختلاط يصير شيئاً واحداً فانه بعد ذلك يحكم باشتراكهما في المجموع لأستحالة بقاء الاختصاص كل منهما بالنسبة الىٰ ماله عقلاً وعرفاً بحسب مراتب الامتزاج لو قلنا بأمكان تحقق المزج الحقيقي وإلا

. . . .

فجميع مراتبه عرفيه ، غاية الامر اختلافهما ضعفاً وشدة لأن كل جزء فرض من المال حينئذ يكون مشتركاً بينهما فلا يعقل بقاء اختصاص كل منهما بالنسبة الىٰ ماله فالمجموع حينئذ يصير مشتركاً بينهما واقعاً بمعنىٰ الاختصاص الذي كان لكل منهما بالنسبة الىٰ ماله فيرتفع ويقوم بماليته ، وحصول هذا المعنىٰ لما لا يمكن إلا بتحقق معاوضة ببعض من مال احدهما وبعض من مال آخر فلو حكمنا باشتراكهما في المجموع بحسب قيمة مالهما حسبما عليه جماعة كالعلامة وغيره بان يحكم في الفرض بان ثلثي من مجموع الزيت لمن تساوي جرة زيته درهمين وثلثه لمن تساوي جرته درهماً مثلاً ، لحصل الربا في المعاوضة التي تحققت في البين لامحالة فلا بد من الحكم ببيعه وأخذ كل واحد منهما الثمن بحسب قسمة ماله حسبما يظهر من البعض ، أو الحكم ببطلان حق صاحب الارديء من العين وانتقالها الىٰ القيمة من جهة لزوم الضرر علىٰ صاحب الاجود .

ولكن التحقيق كما قلنا بان شأن الاختلاط يكون كذلك ، ولكن الشركة لا يمكن ان تكون كذلك ، اذ الشركة انما تكون في السلطنة دون الاختلاط الخارجي وعلىٰ هذا فان المالك للجرة من الزيت النقي اذا اختلط بالجرة من الزيت الرديء ، فان الشركه بين الجرتين من الزيت متحققة ولكن هذه الجرتين من الزيت تكون الشركة حقوقية لا جرتين حقيقيتين ولا تكّون الشركة مالكين للجرتين حقيقتين حتىٰ يرد الاشكال الذي توهمه العلامة ويوجب الانتقال الىٰ القيمة ويكونان شريكين في القيمة ، وتكون هناك معاوضة ، ويكون الانتقال الىٰ القيمة موجباً ، ومن الواضح ان الطرفين لم يكونا قاصدين للاشتراك في المالية ، وانما كانا قاصدين للاشتراك في العين وبعد ان كان المال بينهما متوارداً علىٰ الجرتين الرديئة والحسنة من الزيت الأحسن وبعد الاختلاط توجب ان تكون الشركة

. . . .

الحقيقية مستلزمة للشركة الحقوقية ، والشركة الحقوقية توجب ان يكون المالك هو الشركة الحقوقية ولا يكون المالكين للمال حقيقية اصلاً اذ بعد الاختلاط يوجب ان يكون المال مشتركاً بينهما فلا يملكان الزيت الرديء أو الزيت الجيد حتىٰ يستلزم التبادل بالقيمة والدرهم والدرهمان وانما يكونا مشتركين في الزيت بل لهم السلطنة علىٰ هذا الزيت مجموعاً واذا ارادا القسمة فهناك يوجب ان يكون مالهما السلطنة لكل منهما ارادا الىٰ شخصه فلو اراد المالك الزيت الجيد قسمته ، فانما يكون سلطاناً علىٰ ذلك فيأخذ ذلك وما اراد مالك الزيت الجيد فيأخذ ماله الذي يكون سلطاناً له والمفروض ان الجرتين مختلطين لا تميز بينهما ولكن السلطنة بينهما غير مختلطة فحينئذ لا بد من التقويم لأجل التعديل التي تراها القسمة ولا ربط في الشركه بينهما في ذلك فان اشتراكهما في السلطنة يوجب ان يكون لهما الحق في هذا المال المشترك واما القسمة فذلك أمر خارج عن الشركة لأن الشركة موجودة واما القسمة فانما ترد علىٰ الملك بمفاد كان الناقصة وبعد إن كانت القسمة كذلك فانما يرد علىٰ السلطنة وبه يكون التعديل راجعاً الىٰ التقويم وعلىٰ هذا فلا ربط له بالشركة . نعم بناء علىٰ الاختلاط والشركة حقيقية فذلك يوجب ان يكون الزيتين غير مالكين إلا بالفرد المبهم الذي صار إليه صاحب الجواهر أو ان يكون مالكين للكلي في المعين كما صار إليه صاحب الجواهر في القسمة وعلىٰ هذا فلا يكون المورد مورداً للشركة اذ ان المشهور انما يرون الشركة في قبال الكلي في المعين وذلك هو الذي قلنا به بعد ان كانت الشركة حقوقية بعد الشركة الحقيقية .

الفرع الخامس : لقد تقدم في تضاعيف ما ذكرنا بان القسمة لا يكون فيها تسالماً في الافراز فلا يكون مستلزماً للتسالم والصلح لأن القسمه انما ترد علىٰ

. . . .

السلطنة الموجودة للمتشاركين وشأن هذه القسمة بعد ان كانت واردة على الملكية لا المملوكية فقهراً لا مجال للضرر الوارد على كل واحد من الشريكين بل لما كانت السلطنة ثابتة فقهراً يكون غير جاري للقسمة اذا كان خلاف الامتنان للشريك الآخر وقد يكون هناك ضرر ولكن كان امتنانياً فيجري في المورد وتكون السلطنة مطلقة ولو كان هناك ضرر على أحد الشركاء كما تقدم تفصيله لأن الضرر لا يمكن ان يكون مختصاً بالمال وانما يكون الضرر الوارد على احد الشركاء اعتبارياً فان الضرر الاعتباري يوجب ان يكون خلاف الامتنان للشركاء فاذا كان الشريك لا يوجب قسمته مع شريكه الآخر موجباً للضرر المالي ولكن الشريك الآخر يوجب ضرراً اعتبارياً في شركته ولا تكون هذه القسمة لها السلطنة على افراز ماله .

الفرع السادس : ان القسمة انما ترد على المال المشترك اذا كانت الشركة بسبب واحد ، أو كانت باسباب مختلفة وذلك لأن الشركه الحقيقية التي قلنا بها انما يكون السبب واحداً فيها أو هو السلطنة على المال وذلك سبب واحد أوجب الاشتراك بينهما وتكون اليد الموجودة على كل واحد الذي له الاشتراك في السلطنة يوجب ان يكون السبب واحداً وهذا بخلاف مبنى صاحب الجواهر اذ صاحب الجواهر لا يرى الشركة الحقيقية هي المتعقبة للاختلاط وهذا الاختلاط لا بد وان يكون لسبب يوجب هذا الاختلاط فيرى صاحب الجواهر على مبناه لو كان الاختلاط موجباً لاسباب متعددة فان تعدد الاسباب يمكن ان يكون بالربع أو الثمن في الأرث واشتراكهما يمكن ان يكون بالنصف فاذا تعددت الاسباب لا يمكن ان يكون مورداً للقسمة وذلك لأن على مبنى صاحب الجواهر بعد وجود الاختلاط تكون الملكية على نحو الكلي في المعين فراراً عن الملكية المبهمة الذي لا يراه العرف مالكاً لشيء وفي الكلي في المعين لا بد وان تكون الحصص

. . . .

معلومةً واذا تعددت الاسباب فأختلاف الملكية لا يكون خاضعاً للقسمة لعدم الكلي في المعين لان النصيب المفروض غير متعادل في ذلك وعلىٰ هذا فيرىٰ صاحب الجواهر ان تكون الاسباب من نسخ واحد لا مأتوهمه الماتن لعدم التدبر في كلام صاحب الجواهر وكيف يحكم في الجواب عن صاحب الجواهر بانه يمكن ان تكون القسمة متساوية وذلك لأن الكلي في المعين لو كانت السهام غير متساوية فيه فان الكلي في المعين لا يستقيم بذلك لأنه لا تعيين في ما يملكانه فلا يكون الكلي في المعين منطبقاً في المقام .

الفرع السابع : ليس هناك افراز في قبال التعديل فان كانت القسمة لها جهتين افراز وتعديل بحيث تارة تتحقق القسمة بنفس الافراز وتارة تتحقق القسمة بالتعديل كان كلام الماتن في محله وانما يكون التعديل مقدمة للقسمة وانما تكون القسمة ذي المقدمة للتعديل بحيث لا بد وان تتعدل السهام حتىٰ ينشىء الافراز أو القسمة . هذا في الشركة الاختلاطية الحقيقية لا الشركة الحقوقية التي تكون الشركة في ناحية السلطنة اذ في ذلك المورد لا تكون القسمة محتاجةً الىٰ التعديل في السهام بل تكون السهام متعادلة بنفس الشركة ومتىٰ أريد القسمه تكون اليد الموجودة للشركاء علىٰ سهامهم يداً علىٰ سهم معين نعم لو قلنا كما هو الحق يكون ان الشركة الحقيقية بعد الاشتراك فتصح شركه حقوقية وتكون السلطنات متداخلة ولازم ذلك لا يكون لواحد من الشركاء التصرف في اموال الشركة وانما تكون لهم السلطنة علىٰ انعقاد الشركة واما خصوصيات المال المشترك فليس لهم سلطنة علىٰ ذلك وليس لهم تصرف في ذلك وبه تكون الشركة بنفسها لها السلطنة علىٰ القسمة وذلك كما في الافراد الحقيقين فيمكن له الافراز كما يمكن له الجمع وليس للمساهمين السلطنة علىٰ ذلك وانما تكون السلطنة للهيئة الاجتماعية

(المسألة ٨) : يجوز قسمة بعض المال المشترك وابقاء بعضه علىٰ الاشتراك وكذا يجوز مع تعدد الشركاء افراز حصة بعضهم وابقاء حصة الباقين علىٰ الاشاعة ، والله العالم[1] .

وليس له التعديل كما ليس له إلا القسمة حسب ما يراه صالحاً للشركة وذلك لما قلنا في أول الكتاب بان القسمة نوع أعتبار يوجب الافراز في قبال الجمع الذي تكون الشركة معتبرة له ، نعم يمكن ان يكون مراد الماتن هو ان يكون بعد تحقق الشركة تجري القسمة في الشركة بمعنى ان يكون المشتركين يقسمّون الشركة بقسمين أو أقسام مع وجود الاشتراك للمشتركين في هذه الشركات المقسمة فتكون الشركة مفروزة بشركات متعدد ولكن هذه الجهة وان كانت متصورة إلا ان هذه الجهة لا تكون مربوطة لما نحن فيه من جهة ان الافراز علىٰ المبنىٰ محتاجةً الىٰ التعديل ولا يمكن ان يكون التعديل في قبال الافراز كما ذكرنا .

(١) في هذه المسألة عدة فروع :

الفرع الاول : اذا قلنا بان الشركة انما تتحقق بالاختلاط متأخراً عن عقده ، فان القسمة تارة ترد علىٰ جميع الشركة وتارة ترد علىٰ بعض الشركة وعلىٰ جميع التقادير تارة يكون انعقاد الشركة اختلاطياً كما ذهب اليه صاحب الجواهر (قده) وتكون الشركة في السلطنه وتارة تكون الشركة حقوقية وعلىٰ جميع التقادير تارة يكون المدعي للقسمة شريكاً واحداً وتارة يكون جميع الشركاء وعلىٰ التقادير تارة يكون المريد للقسمة صيرورة الشركه شركتين في مالكين الشركه وتارة يكون المدعي شريك واحد لان تصير الشركة شركتين وتارة يريد الشريك أخراج نفسه من الشركة فهذه مسائل لا بد من التعرض لها مفصلاً .

الفرع الثاني : فانه لو قلنا بما قاله صاحب الجواهر من كون الشركة الحقيقية عبارة عن اختلاط الاموال معقباً لوجود العقد فانه لو أراد أحد الشركاء قسمة ما

....

يملكه فان الملك غير معلوم وانما يملك الكلي المبهم ذلك لمكان كونه مالكاً فقهراً تكون قسمته برضاية باقي الملاك أو يكون صلحاً كما ذكره القوم ويجري فيه الربا ولو قلنا بان كل زيادة في كل عقد توجب الربا الذي ذكرنا التعرض له والجواب عنه وعلىٰ موضوع الاختلاط لا مجال إلا القول بذلك وإلا لا تتحقق القسمة اصلاً لان الملك لا يكون معلوماً وانما تكون الرضاية المتأخرة موجبةً للتملك فاذا اراد احد من الشركاء التملك لسهمه لا يمكن الا بالرضاية المتأخرة من الشركاء في ذلك.

واما اذا ارادوا الشركاء افراز الشركة بشركتين مالكيتين الملاك الاول لهذه الشركة علىٰ مبنىٰ الاختلاط فيملك الشركاء الاموال تارة يكون علىٰ نحو المبهم فذلك لا يمكن تملكه ولا بد وان يكون علىٰ الكلي في المعين وعلىٰ هذا فان المالك للكلي لا بد وان يرضىٰ ان يكون الكلي لشريكه حتىٰ تكون في القسمة مقدار من الكلي وعلىٰ هذا يكون هناك تبادل للكليين وتجري الاشكالات الواردة.

واما اذا ارادوا الشركاء باجمعهم ان يقسموا الشركة الىٰ قسمين وجعلها شركتين متملكتين فافراز الشركة الواحدة الىٰ شركتين لا بد وان يلاحظ بان جعل الشركة الواحدة الىٰ شركتين يصح فيما اذا لم يكن جعله خلاف الامتنان الىٰ المقسم منه وهذا يوجب ان تكون القسمة في هذا الافراز موجبةً لعدم جواز القسمة اذا كانت سهام المشتركين بحد من القلة التي لا محيص من كون خلاف الامتنان للقسمة من جهة قلة السهام أو من جهة ان الشركتين توجبان عدم أقبال المشترين لها أو غير ذلك من الموارد الموجبة لقلة الراغبين فان ذلك يوجب عدم سلطنة الشركاء في افرازهم لذلك لأن شأن الاختلاط ذلك اذ كثيراً ما كان هذا الاختلاط من افراز الشركة لأفرازين يوجب احد هذه الجهات التي تقيد السلطنة

. . . .

علىٰ الافراز كما هو في الشركات القهرية أو الأرث فان المورثين اذا كانوا كثيرين يكون سهم مورثهم قلة سهامهم فلا تكون السلطنة موجبة للافراز إلا كما قاله العلامة وغيره من الاصحاب من الصلح والتسالم وغير ذلك .

الفرع الثالث : اذا كانت الشركة حقوقية بمعنىٰ ان يكون الاختلاط في السلطنتين أو السلطنات واراد القسمة فتارة يريد القسمة في أصل السلطنة وهذا يصح . ومعناه ان يكون كل واحد من الشركاء متوافقين علىٰ ان تكون شركتهم منقسمة الىٰ شركتين كل شركه تعمل بعمل يخالف العمل الذي يعمله الآخر وفي هذا المجال تكون الشركة الواحدة منقسمة الىٰ شركتين بنفس هذا التوافق وتكون السلطنتين التي تكون بينهما منقسمة الىٰ سلطنتين ومفروزة الىٰ سلطنتين فهذا الافراز لا بد وان يكون فيه الامتنان للشركة الموجودة في الآخر ولازم ذلك اذا لم يكن خلاف الامتنان للآخر لا تكون هذه القسمة صحيحة الآن لان الارفاق اطلاقه مأخوذ حتىٰ من قبل نفسه فاذا لم يكن لكل واحدة من السلطنتين الارفاقيتين لآخر لا تصح هذه القسمة ولا يمكن فرض ان يكون ارفاقاً لشريك وخلاف أرفاق لشريك آخر عند تزاحم الارفاقيين وذلك لأن كل واحد كانت القسمه له ارفاقاً كان اطلاق السلطنه له جارياً في القسمة واما اذا لم يكن لشريكه هذه القسمة أرفاقاً فهناك التزاحم وفي مورد التزاحم لا يكون لكل منهما السلطنة علىٰ القسمة بحيث يكون دليل السلطنة قاصرة للشمول لهذا المورد وفي هذا الحين لما كانت سلطنة الشريك كان له امتنان في ان يكون له القسمة وكان الشريك بقسمته موجباً لخلاف سلطنته ولا يكون امتناناً له في هذه القسمة ففي هذا المقام يمكن جبر الممتنع للقسمة حيث كانت القسمة ضرراً له فان هذا الامتنان يمكن رفعه برفع الضرر الوارد عليه في هذه القسمة فيمكن أجبار الممتنع بالقسمة ولو استلزم ضرراً مالياً

....

أو ضرراً أعتبارياً حيث لا يكون للآخر السلطنة علىٰ ابقاء الشركة لما كان استلزامه خلاف الارفاق واستلزامه التصرف في مال الغير بابقائه علىٰ نحو الاشاعة فنفي سلطنة الآخر علىٰ الافراز سليما عن المزاحم ومقتضاه هو السلطنة علىٰ الاجبار ايضاً لمكان السلطنة علىٰ الشيء السلطنه علىٰ لوازمه وعلىٰ مقدماته غايته ، انه لا بد من تدارك ذلك الضرر الوارد عليه بالارش جمعاً بين الحقين ولا يكون المريد للقسمة السلطنة علىٰ القسمة مطلقاً بل يكون في صورة التدارك فقط .

واما ما صار إليه الماتن فان الضرر الوارد علىٰ الذي لا يريد القسمة لما كان امتنانياً فان البقاء علىٰ الشركه يكون موجباً للضرر الذي يريدنا القسمة والافراز والقسمة تكون ضرراً علىٰ الذي يريد البقاء علىٰ الشركة فيكون هناك تعارض الضررين ولكن الذي يريد الافراز يكون مريداً للتسلط علىٰ ماله والذي تكون القسمة مقررة عليه يمكن جبره بالارش فان الحكم مجموعاً فان الضرر كما يرتفع بنفي السلطنة علىٰ القسمة كذلك يمكن رفعه بالارش ومعه لا معنىٰ لدعوىٰ نفي الاجبار وان شئت قلت بان ترتب الضرر انما هو علىٰ مجموع الحكمين أي السلطنة علىٰ الاجبار وعدم سلطنه الآخر علىٰ الاجبار بالارش وهو التفاوت فبارتفاع احدهما يرتفع الضرر ومعه لا مجال لتعين الاول .

الفرع الرابع : بعد ما عرفت مصير الضرر وايضاً مصير السلطنة فهنا فقاعدة كلية تتبين لك في هذا المجال ، وهو انه لو قلنا بان القسمة حقوقية كما يقوله المشهور تكون كذلك واما لو قلنا بان الشركة بعد اشتراك المساهمين تكون الشركة حقوقية ولا يكون المساهمين مسيطرين علىٰ السهام الموجودة لديهم في الشركة وانما الشركه مسيطرة علىٰ هذه الاموال فتكون القسمة تكليفاً للهيئة الاجتماعية وبذلك يكون هو الذي يقسم ولا بد وان يكون جامعاً لجميع الشرائط وحينئذ فلو

....

كانت الشركة أي الهيئة الاجتماعية وكان واجد الامتنان في قسمته ولكن الشركاء لا يكون لهم امتناناً في القسمة فحينئذٍ تكون المصلحة المتقدمة هو امتنانية الشركة من دون ان يكون للمساهمين موجباً لبطلان القسمة كما قلنا به سابقاً في الشركة عند تزاحم الضرر الوارد علىٰ الشركاء والضرر الوارد علىٰ الشركة كما تقدم تفصيله في الشركة .